

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

DEPARTAMENTO DE DIREITO

Renata Bousfield

A Atuação do Ministério Público na Defesa do Direito Fundamental da Saúde

FLORIANÓPOLIS

2008

Renata Bousfield

A Atuação do Ministério Público na Defesa do Direito Fundamental da Saúde

Monografia submetida à Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Luiz Carlos Cancellier de Olivo.

FLORIANÓPOLIS

2008

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TERMO DE APROVAÇÃO

A presente monografia, intitulada “A atuação do Ministério Público na defesa do direito da saúde”, elaborada pela acadêmica Renata Bousfield, e aprovada pela Banca Examinadora, composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10,00 (dez), sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no art. 9º, da Portaria nº 1.886/94/MEC, regulamentada pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 003/95/CEPE.

Florianópolis, 04/12/2008.

Banca Examinadora:

Presidente: Luiz Carlos Cancellier de Olivo

Membro: Leilane Mendonça Zavarizi Rosa

Membro: Graziela Cristina Zanon Meyer Juliani

Aos meus pais, Natália e Roberto, pelo
constante apoio e incentivo aos estudos.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, inicialmente, a Deus, por ter iluminado meu raciocínio para a elaboração deste trabalho.

Aos meus pais, Natália Hercília Agostinho Bousfield e Roberto Luiz Bousfield, por todo suporte que me deram.

Ao professor Luiz Carlos Cancelier de Olivo, pela orientação para o desenvolvimento deste trabalho.

Às minhas amigas Maitê Fernanda Campos, Juliana de Freitas Zappelini e Diana Fernando Constantino, pelo companheirismo e pelo incentivo.

A todos aqueles que, de alguma forma, contribuíram para a conclusão deste estudo.

A aprovação da presente monografia não significará o endosso do Orientador, nem da Banca Examinadora e da Universidade Federal de Santa Catarina à ideologia que a fundamenta ou que nela é exposta.

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo demonstrar a atuação do Ministério Público, principalmente pela Ação Civil Pública, na defesa do direito fundamental da saúde (art. 6º e 196, da Constituição Federal de 1988), que acaba tendo relação direta com o direito fundamental à vida. Destaca-se que ainda são inúmeros os argumentos contrários à concessão de benefícios concretos pelo Estado nessa área, o que obriga a se conferir maior força efetividade aos instrumentos voltados para a defesa do direito à saúde. A maioria desses argumentos, quando pertinentes, abarca questões processuais de menor importância, frente aos direitos em questão. Ainda, buscando maior efetividade, vê-se a necessidade de implementação de teses mais inovadoras, como a possibilidade de responsabilização objetiva do Estado por omissões, bem como a possibilidade de responsabilização pessoal do administrador, responsável pelo inadimplemento das obrigações estatais relativas ao direito à saúde. Nessa perspectiva, constata-se o desafio de fazer com que a saúde não seja somente uma promessa constitucional, mas sim uma realidade para os cidadãos, por respeito ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana.

Palavras-Chave: SAÚDE, AÇÃO CIVIL PÚBLICA, CHAMAMENTO AO PROCESSO, NORMA DE EFICÁCIA PLENA, PERÍCIA, LEIS ORÇAMENTÁRIAS, ATO OMISSIVO, RESPONSABILIZAÇÃO DO ADMINISTRADOR.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. EVOLUÇÃO DOS INTERESSES – DICOTOMIA PÚBLICO/ PRIVADO	12
1.1 Dimensão de Direitos	14
1.2 Tutela Coletiva.....	18
1.3 Direitos Coletivos.....	20
1.4 Direitos Difusos.....	21
1.5 Direitos Individuais Homogêneos	22
1.6 Princípios da Jurisdição Metaindividual	25
2. AÇÃO CIVIL PÚBLICA	30
2.1 Distinção entre Ação Civil Pública e Ação Coletiva	32
2.2 Competência	33
2.3 Legitimação	34
2.4 Atuação do Ministério Público	37
2.5 Princípios Institucionais do Ministério Público	41
2.6 Princípio da Obrigatoriedade	43
2.7 Inquérito Civil	45
2.8 Termo de Ajustamento de Conduta	47
2.9 Liminares	49
2.10 Sentença e Coisa Julgada	50
2.11 Execução	53
2.12 Sucumbência	54
2.13 Fundo para Reconstituição dos Bens Lesados	55
2.14 Prescrição e Decadência	58
3. DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE	61
3.1 Direito à Saúde na Legislação Brasileira	63
3.2 Teses Defendidas pelos Entes Federados	66
3.2.1 Ilegitimidade do Ministério Público para a Defesa de Direito Individual	66
3.2.2 Chamamento ao Processo.....	73

3.2.3 Norma Programática.....	77
3.2.4 Necessidade de Perícia	82
3.2.5 Respeito às Leis Orçamentárias	85
3.2.6 Autonomia do Poder Executivo	89
3.3 Responsabilidade do Estado	92
3.3.1 Responsabilidade Objetiva do Estado por Atos Omissivos	93
3.3.2 Responsabilidade do Administrador	98
3.3.2.1 Dimensão Extrínseca e Intrínseca da Responsabilização	98
3.3.2.2 Possibilidade de Multa por Descumprimento de Liminar Recair sobre a Pessoa do Administrador	101
3.3.2.3 Sanção Pecuniária aos Administradores Públicos por Descumprimento de Ordem Judicial que Determina Prestação Estatal Positiva	102
3.3.2.4 Possibilidade de Ressarcimento por dano Recair sobre a Pessoa do Administrador	106
CONCLUSÃO	109
REFERÊNCIAS	112

INTRODUÇÃO

A interposição de ação civil pública para assegurar a prestação de serviço de saúde, em especial aqueles de alto custo não incorporados pelo Sistema Único de Saúde, vem se mostrando uma hábil e eficiente ferramenta na defesa do direito fundamental à saúde.

A Administração Pública, considerando suficiente cumprir suas obrigações legais, acaba não dando suporte aos cidadãos, no tocante ao direito destes de acesso aos serviços de saúde. Para justificar tal posição, a Administração acaba levantando teses que não se coanudam com os preceitos fundamentais da Constituição Federal, bem como não atende às necessidades dos que legitimam seu poder.

Ante tal problemática, o objetivo geral desse estudo consiste em demonstrar a incompatibilidade de muitas das explicações dadas pelo Executivo ao Judiciário para a não prestação de serviço de saúde, através da atuação do Ministério Público, com o uso de uma de suas ferramentas processuais mais poderosas – a ação civil pública –, evidenciando que a saúde é direito fundamental do qual não pode ser privado o cidadão brasileiro.

O desenvolvimento do presente trabalho ocorre a partir de técnicas de pesquisa de documentos legislativos, doutrinas na área de Direito Constitucional, Direito Administrativo, Direito Processual Constitucional e jurisprudências das Cortes Superiores e Tribunais Estaduais. O método de abordagem é o dedutivo e o procedimento é o monográfico.

A pesquisa estrutura-se em três capítulos. No primeiro, busca-se uma análise histórica da evolução dos interesses a serem buscados como direitos pela sociedade. As dimensões dos direitos acaba por matizar uma escada evolutiva para a confirmação dos direitos coletivos *lato sensu*, bem como auxilia no desenvolvimento de ferramentas processuais para a defesa dos mesmos.

O segundo capítulo é totalmente dedicado à ferramenta processual de defesa dos direitos metaindividuais, de maior uso pelo Ministério Público – a ação civil pública.

O terceiro e último capítulo traz o cerne da pesquisa - a defesa do direito à saúde. Neste, esmiúça-se a legislação e os princípios que norteiam esse direito, bem como se desconstitui a maioria das teses levantadas pelo poder Executivo para o não cumprimento integral e universal dos serviços de saúde. Ainda, levantam-se as teses a serem defendidas pelo Ministério Público, em sede de ação civil pública, como a responsabilização do Estado por ato

omissivo, ou seja, pela não prestação de medicamentos ou de serviços médico-hospitalares, quando devidos, bem como a responsabilização direta do administrador, seja em sede de liminar, com a fixação de multa de caráter coercitivo; seja com prescrição de multa sancionatória, por descumprimento de ordem judicial; ou, ainda, em sede de sentença, com a fixação de indenização, que será revertida para o Fundo de Reconstituição dos Bens Lesados.

Por fim, analisa-se as decisões das Cortes Superiores e dos Tribunais Estaduais, no tocante aos pontos levantados.

1. EVOLUÇÃO DOS INTERESSES - DICOTOMIA PÚBLICO/PRIVADO

A divisão do direito entre público e privado remonta ao direito romano. No império romano, o Estado ocupava lugar de destaque, estabelecendo com clareza quais os seus interesses e quais as coisas que atendiam às necessidades dos particulares. Não se pode negar que essa clareza se devia à ausência de direitos dos cidadãos oponíveis ao Estado, que, como um todo orgânico e poderoso, era detentor de direitos, cabendo àqueles apenas o cumprimento de deveres.

Com a invasão do norte europeu pelos povos germânicos, desembocando no fim do império romano, o poder com fundamento no estado esmoreceu, dando-se inícios às relações de autoridade fundadas na propriedade, onde o senhor feudal acumulava funções atinentes aos negócios particulares e situações que envolviam interesse público.

Dissolveu-se, assim, a dicotomia entre o público e o privado, a qual foi resgatada a partir da Revolução Francesa. Nesse período, o Estado, enquanto detentor de poder distinto daqueles de que gozam os cidadãos individualmente, tomou novo fôlego, com base nas doutrinas contratualistas. Agora, o Estado passou a ser um órgão imparcial, garantidor das liberdades e da propriedade, com fundamento no direito e não na tradição e nos privilégios do antigo regime.

Com base no desenvolvimento histórico-social, muitos critérios de classificação foram desenvolvidos para o estudo da dicotomia público/privado. Alguns levavam em consideração a pessoa envolvida (fator subjetivo), outros, o interesse em questão (fator finalístico/objetivo). Reunindo esses elementos, Ruggiero propõe a seguinte definição:

O direito público tem por objetivo regular as relações entre os Estados e entre o Estado e os súditos, quando atua soberanamente e desde que a matéria diga respeito à coletividade; e o direito privado regula matéria pertinente aos indivíduos enquanto tais, quando a matéria tratada diga respeito imediatamente aos particulares.¹

Não é diferente a distinção oferecida por Goffredo Teles Júnior:

“O direito público ordena as relações em que prepondera o interesse público, quando mantida a posição de subordinação entre o Estado e o particular; e o direito privado regula

¹ RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de Direito Civil**, vol. 1. 6. ed. Italiana por Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1999, p. 78.

matérias em que sobressai o interesse particular, quando a relação mantida entre as partes é de coordenação.”²

Contudo, a dificuldade nesta distinção surgiu por diversos motivos, como em algumas situações em que o Estado contratava como se fosse particular, ou ainda em alguns ramos do direito que regulam matéria privada, como por exemplo, no direito de família, repleto de previsões que resguardavam o interesse social. Em suma, o liame que separava os interesses privados da coisa pública restou tênue, pois o Estado, constituído de cidadãos, passa a interagir dialeticamente com eles.

Vê-se também como fator que contribuiu enormemente para a superação da respectiva dicotomia: a publicização dos direitos, ocorrida em função da ingerência do Estado nos assuntos particulares, incongruente com a concretização da ordem democrática e dos direitos humanos. A esse fenômeno os autores costumam atribuir o nome e Constitucionalismo Social. A participação do Estado nas relações particulares tornou-se premente no início do século XX, quando se percebeu que o capitalismo feroz destruía as bases sobre as quais foram erigidos os direitos humanos.

Ao lado da tendência à publicização, restou mais evidente a formação de grupos na sociedade, intermediando as relações entre o Estado e o indivíduo. Isso se deu por se ter reconhecido uma categoria intermediária de interesses que, embora não sejam propriamente estatais, são mais que meramente individuais, porque são compartilhados por grupos, classes ou categorias de pessoas. Não que esses organismos intermediários nunca tivessem existido. O homem descobriu cedo a força das organizações, tais como a Igreja, a família, as corporações de ofício, mas somente com o desenvolvimento da indústria e da tecnologia essas associações cresceram de maneira jamais vista. Atualmente são sindicatos, associações, partidos políticos, cartéis. Assim, a diferença entre o direito público e o privado perdeu essa nitidez.

Embora não haja consenso sobre a noção de interesse público, essa expressão tem sido predominantemente utilizada para alcançar o interesse de proveito social ou geral, ou seja, o interesse da coletividade, considerada em seu todo. O próprio legislador não raro

² TELES JÚNIOR, Goffredo. **Iniciação na Ciência do Direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 228.

abandona o conceito de interesse público como interesse do Estado e passa a identificá-lo com o bem geral.

Muitos doutrinadores optam por explicar o desenvolvimento dessa dicotomia público/privado com a idéia de dimensões de direitos, influenciadas pela conjuntura histórico-social que as cercava.

1.1 Dimensões de Direitos

Primeiramente, vale pontuar que, mesmo com um estudo analítico dos direitos, que foram sendo reconhecidos e destacados ao longo do desenvolvimento histórico-social, não se pode deixar de reconhecer um certo equívoco de alguns doutrinadores no uso do vocábulo “gerações” de direitos. A palavra transmite a idéia de sucessão cronológica, de substituição de um modelo normativo por outro e, portanto, a caducidade das gerações antecedentes, o que não pode ser admitido, haja vista que as gerações de direitos são complementares. O termo mais adequado à expressão seria “dimensão”, para demonstrar que os direitos humanos adquirem roupagem diferente durante o seu desenvolvimento, mas devem ser compreendidos de forma integrada.

Assim, passa-se à análise da primeira dimensão de direitos.

A primeira dimensão de direitos surge com o advento do Estado Liberal, entre os séculos XVII e XVIII, e corresponde aos direitos individuais ou direitos de liberdade. Têm sua origem com o declínio do Estado Absolutista, vindo a representar a instauração do liberalismo político e econômico em que vige o modelo estatal não intervencionista. Nesse contexto, a liberdade individual prevalece como valor supremo, garantida apenas pela ausência de intervenção do Estado nas relações sociais. A liberdade individual, nessa concepção, se contrapõe à noção de Estado.

A partir do século XVIII, a ordem jurídica se qualifica com direitos civis e políticos, criando garantias aos cidadãos contra o poder do Estado, que passa a submeter-se às leis. Os ideais de libertação dessa dimensão são embasados por objetivos de cunho econômico, vindo o Estado Liberal a matizar alguns objetivos, como a garantia dos direitos individuais; a preservação da autonomia da vontade; o direito de associação, o direito de

propriedade e a liberdade de locomoção; a limitação e harmonia entre os três poderes; a legitimidade do sistema representativo.

Segundo Bonavides, os direitos de primeira dimensão:

Os direitos da primeira geração são os direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente. (...) têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.³

Ocorre que esse modelo liberal-individualista não resistiu às profundas alterações sociais ocorridas nos séculos XIX e XX. Com a evolução social, cresce a desigualdade, não se podendo mais tratar igualmente homens desiguais. A Revolução Industrial ratifica esta idéia, com o domínio do capital sobre os trabalhadores, surgindo novas ordens jurídicas para a proteção dos mais fracos. Inúmeros foram os fatores que implicaram a superação lenta e gradual da perspectiva individualista, como bem coloca Carlos Henrique Bezerra Leite:

“Não há como negar, porém, que é com a passagem do Estado Liberal ao Estado Social que se observa uma profunda transformação nas relações sociais, econômicas, políticas e jurídicas em escala mundial, como resultado do surgimento dos conglomerados urbanos, das metrópoles, da explosão demográfica, da produção e do consumo de massa, do nascimento dos cartéis, da hipertrofia da intervenção do Estado na esfera social e econômica, dos meios de comunicação de massa, da Internet, da propaganda maciça.”⁴

Surge a necessidade do Estado conter os excessos do capitalismo e da propriedade privada, para priorizar a preservação do bem comum e da ordem social, ou seja, do próprio interesse coletivo. O poder público passa a adotar uma postura intervencionista para alcançar a eficácia da segurança social.

A partir disso, passa-se a reconhecer uma nova categoria de direitos: os de segunda dimensão, os direitos sociais, econômicos e culturais. No movimento constitucionalista, o reconhecimento dessa nova classe de direitos veio com a Constituição de Weimar, de 1919, e a Constituição Mexicana, de 1917. A idéia de constitucionalização serviu para demonstrar a incorporação de direitos subjetivos do homem em normas formalmente básicas, subtraindo-se o seu reconhecimento e garantia à disponibilidade do legislador ordinário.

³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, 563/564.

Com o declínio do Estado Liberal e a conseguinte ascensão do Estado Social, e estando já assegurados os direitos inerentes à liberdade, dá-se o advento dos direitos fundamentais costumeiramente enquadrados como de segunda dimensão ou geração, vale dizer, "os direitos de justiça, que genericamente abrangem os direitos sociais e o direito ao desenvolvimento."⁵

O dito Estado Social propõe-se a resolver a situação de desigualdade econômica e social originada no período liberal, que o Estado burguês capitalista não pôde solucionar. Por isso, está intimamente associado à doutrina socialista, embora com ela não se confunda. Segundo Bonavides, o Estado Social não se fundamenta na estatização dos meios de produção. Pelo contrário, é perfeitamente compatível com o sistema capitalista. O Estado Social se contrapõe ao Estado Liberal, e não ao capitalismo. Fundamenta-se no modelo intervencionista, dirigista, representa fator de promoção da igualdade do bem comum.⁶

Nesta nova dimensão de direitos, a liberdade cede espaço à igualdade. Não se rejeita mais a atuação estatal para que prevaleçam as vontades individuais. Pelo contrário, passa-se a exigir do Estado uma participação ativa na promoção do bem comum. Tem-se o abandono da visão isolada do indivíduo, o que faz com que a reivindicação e a titularidade dos direitos passe a se vincular a grupos representativos de determinadas classes (trabalhadores, mulheres, negros, consumidores, crianças). Constrói-se a noção de coletividade que marca a segunda geração de direitos, em substituição ao traço subjetivista dos direitos típicos do Estado Liberal.

Com o aprimoramento do organismo social, percebe-se a necessidade de tutelar outros bens, com proporções indetermináveis. Segue-se, então, a terceira dimensão de direitos, que passa a ser reconhecida a partir do fim do século XX, tocante à paz, ao meio ambiente, à comunicação, enfim, ao patrimônio comum da humanidade. São os chamados direitos de fraternidade ou de solidariedade, que visam tutelar os interesses de um número indeterminado de pessoas. Os direitos de terceira geração não se vinculam à noção de Estado nacional, nem de grupos reduzidos de pessoas. Existem em prol da humanidade, destinados à proteção do gênero humano.

Para Paulo Bonavides:

⁴ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Ação Civil Pública**: nova jurisdição trabalhista metaindividual: legitimação do Ministério Público. São Paulo: LTr, 2001, p. 44.

⁵ BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 5. ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 2004, 42.

⁶ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 183/187.

“Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos de terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Têm primeiro como destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta.”⁷

Por isso é que os titulares dos direitos de terceira geração, além de indeterminados, são indetermináveis. A própria natureza desses direitos revela-se incompatível com o individualismo ou com a idéia de grupos específicos.

São, pois, esses direitos sociais, e ainda os direitos tidos como de terceira geração, que fazem eclodir a idéia de proteção aos interesses coletivos, os quais, em sentido amplo, correspondem à modalidade dos interesses transindividuais ou metaindividuais que se projetam para além da esfera individual, posicionando-se na órbita coletiva, cuja titularização (não determinada individualmente) repousa em um grupo, uma classe, uma categoria de pessoas (determinadas ou determináveis) ou mesmo em toda a coletividade. Tais interesses, coletivos ou difusos, portanto, retratam os direitos fundamentais de segunda e terceira dimensões, vale dizer, os direitos de igualdade e de solidariedade, "típicos da sociedade contemporânea."⁸

Esses direitos foram consagrados na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas; na Convenção relativa à proteção do patrimônio mundial, cultural e natural, de 1972, assinada pela Organização das Nações Unidas, em Paris; na Carta africana dos direitos humanos e dos direitos dos povos, aprovada em 1981, no Quênia; na Convenção sobre a diversidade biológica, assinada em 1992, no Rio de Janeiro; e em diversos outros instrumentos normativos.

Ainda, alguns doutrinadores propõem os direitos de quarta dimensão que, segundo Bonavides, “correspondem à derradeira fase da institucionalização do Estado Social, uma vez que traduzem “o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo (2005:572)”.

Na intenção de se construir uma perfeita compreensão do atual fenômeno da coletivização do processo, resultado da necessidade de se conferir tutela coletiva aos interesses e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, tem-se que se ter em

⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 569.

⁸ MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. **Dano moral coletivo**. São Paulo: LTr, 2004, 112.

mente as motivações de ordem histórica, social e econômica que terminaram por desencadear tal fenômeno.

A paulatina constatação de que para a vida e sobrevivência dos homens não bastam os direitos de primeira e segunda geração foi determinante para a exigência de garantia também de outros interesses que emergiam a partir das naturais mudanças sociais que se operaram no decurso do tempo e na vivência societal. Isso faz a certeza de que muitos outros “novos direitos” ainda serão concebidos bem como novas facetas dos “velhos direitos” serão observadas, num grau cada vez mais acentuado de especificação, como hoje se observa em relação às crianças e adolescentes, aos idosos, aos doentes.

1.2 Tutela Coletiva

Atendendo a realidade matizada até aqui, e procurando melhor sistematizar a defesa dos interesses metaindividuais, vale pontuar alguns fatores da tutela coletiva.

Nessa tutela, há o estabelecimento de uma controvérsia sobre interesses de grupos, classes ou categorias de pessoas, sendo que a controvérsia pode ocorrer também entre os próprios grupos envolvidos. A exemplo dessa colisão tem-se o caso de um grupo que, ao invocar o direito ao meio ambiente sadio, deseje o fechamento de uma fábrica, sendo colidente com o interesse do grupo de pessoas que depende direta ou indiretamente da manutenção dos empregos gerados pela continuidade da produção industrial.

Pode-se comentar também sobre a legitimação extraordinária para a pretensão à tutela coletiva. Enquanto nos conflitos individuais aquele que pede a prestação jurisdicional é, de regra, quem invoca a titularidade do direito a ser defendido, nos conflitos coletivos, o autor da ação civil pública ou coletiva defende mais do que o direito próprio à reintegração da situação jurídica violada, pois também e especialmente está a defender interesses individuais alheios, não raro até mesmo indivisíveis.

No tocante a destinação do produto da indenização obtida nas sentenças condenatórias nas ações coletivas e individuais, nota-se especialidade. Nas ações civis públicas ou coletivas que versem sobre interesses difusos ou coletivos, produto da indenização é destinado a um fundo fluido, de utilização flexível na reparação do interesse lesado. Já nas ações individuais, o produto da indenização destina-se diretamente aos

lesados, sendo que somente na defesa de interesses individuais homogêneos é que este produto da indenização será repartido entre os integrantes do grupo lesado.

Ainda, comenta-se sobre a extensão da sentença. Como os co-legitimados ativos para a ação civil pública ou coletiva muitas vezes não são titulares dos interesses transindividuais – à exceção dos interesses difusos como, por exemplo, o meio ambiente, em que toda a sociedade é prejudicada pela lesão, inclusive os próprios autores da ação, podendo ser a associação civil, o ente federativo ou até mesmo o Ministério Público uma das pessoas prejudicadas –, é necessário que a imutabilidade da decisão ultrapasse os limites das partes processuais – *erga omnes* ou *ultra partes*.

Por fim, ressalta-se a observância do princípio da economia processual. Enquanto na tutela coletiva se discutem numa só ação o direito de todo o grupo, classe ou categoria de pessoas, na defesa individual, as ações judiciais dos lesados ficam pulverizadas, pois normalmente ocorrem julgamentos contraditórios, com grande desprestígio para a administração da Justiça.

Assim, acompanhando o movimento de sucumbência da filosofia liberal no plano político e econômico, o individualismo exacerbado não se afigurava mais apto a inspirar ideologicamente o modelo de processo necessário à proteção dos interesses emergentes. Nesse ínterim, cabe mencionar a conclusão de Norberto Bobbio:

“(…) O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje não é tanto *de justificá-los* mas o de *protegê-los*. Trata-se de um problema não filosófico, mas político”⁹

É nessa ambiência que as preocupações dos processualistas se voltam à instrumentalidade e à efetividade do processo. Surge renovada idéia de processo, e, nessa esteira, toma vez a concepção de processo coletivo como instrumento de *transformação social*, fator determinante para o rompimento com o modelo clássico individualista de processo até então vigente.

⁹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 10. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 24.

Nesse contexto, mais especificamente na década de 70, surge o movimento em prol da implementação do acesso à justiça, capitaneado por Cappelletti e Garth, com seus estudos precursores. Nas palavras dos autores, no livro *Acesso à justiça*: “O acesso à justiça pode (...) ser encarado como requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos (1998:12)”.

Certamente os estudos de Mauro Cappelletti e Bryant Garth foram incorporados pelos processualistas modernos e contribuíram para a deflagração da luta pela construção de um processo coletivo dirigido à adequada e efetiva tutela dos direitos coletivos.

1.3 Interesses Coletivos

Segundo o art. 81, parágrafo único, II, do Código de Defesa do Consumidor, interesses coletivos, em sentido estrito, são interesses transindividuais indivisíveis de um grupo determinado ou determinável de pessoas, reunidas por uma relação jurídica básica comum. Estes se referem ao aspecto do homem socialmente vinculado, isto é, agrupado em associações sindicais, partidos políticos, sociedades empresárias, sendo que a existência do determinado grupo depende de uma relação jurídica base, preexistente à lesão.

(...) direitos coletivos: a) são interesses ou direitos transindividuais, na medida em que se manifestam em razão da própria coletividade; b) abrangem uma quantidade de pessoas determinada ou determinável; c) há um vínculo associativo (relação base) entre os interessados ou entre estes e a parte contrária; d) são, também, fruto de uma potencial e abrangente conflituosidade; e) indivisibilidade dos direitos ou interesses.”¹⁰

É preciso admitir que a referida relação jurídica disciplinará uma hipótese fática concreta, entretanto, a lesão ao grupo não decorrerá propriamente da relação fática subjacente, e sim da relação jurídica viciada que une o grupo, como, por exemplo, uma cláusula ilegal em um contrato de adesão. “O interesse em ver reconhecida a ilegalidade da cláusula é compartilhado pelos integrantes do grupo lesado de forma não quantificável e,

¹⁰ LIMA, Interesse de agir dos legitimados para a propositura da ação civil pública. In: OLIVEIRA, José Alcebiades de e LEITE, José Rubens Morato. **Cidadania Coletiva**. Florianópolis: Paralelo 27, 1996. p. 193/194.

portanto, indivisível: a ilegalidade da cláusula não será maior para quem tenha dois ou mais contratos em vez de apenas um: a ilegalidade será igual para todos eles (interesse coletivo, em sentido estrito)”.¹¹

A coletividade pode ser formada por grupo, categoria ou classe.

“Por grupo se entende uma ligação de pessoas aglomeradas em torno de relação jurídica contingente; já categoria, bem definida pelo art. 511, §§1º e 2º da CLT, diz respeito à unidade de interesses em torno de uma profissão ou exploração de atividade econômica; e classe, a mais abrangente delas, reúne pessoas em torno de uma família, das quais pode se extrair categorias ou grupos. Exemplo: a classe trabalhadora é composta por todos os trabalhadores; a categoria diz respeito àqueles que exercem idêntica profissão; e o grupo pode ser restrito aos trabalhadores de um estabelecimento”.¹²

1.4 Interesses Difusos

Segundo o art. 81, parágrafo único, I, do Código de Defesa do Consumidor, interesses difusos são aqueles aplicados a pessoas indeterminadas, não possuindo conteúdo patrimonial, em virtude da indivisibilidade do objeto, o que influi no tipo de tutela e provimento jurisdicional a ser requerido para a sua defesa.

(...) 1º) os interesses e direito difusos são aqueles que dizem respeito a bens indivisíveis; 2º) os bens indivisíveis, a seu turno, são aqueles em que não é viável uma forma diferenciada de gozo ou utilização; 3º) nisto está implicado que o tipo de interesse dos membros de uma coletividade são, quantitativa e qualitativamente, iguais; 4º) ademais, por isso mesmo, esses bens não são suscetíveis de apropriação exclusiva; 5º) daí é que não se pode cogitar de atribuir-se a alguém, mas do que a outro(s) uma titularidade própria ou mais envergada, do que a dos demais inseridos no mesmo contexto; 6º) os interesses difusos para que se possa reputar existentes, como tais, i. é., difusos, prescindem de um grupo particularmente organizado, salvo, é certo, a própria coletividade (como sua organização natural, a mais geral que lhe é própria), sendo exemplos disso a aspiração geral ou o desejo comum de um “ambiente não contaminado” ou de ficar imune a uma “publicidade enganosa”; 7º) a referibilidade do interesse difuso não é o indivíduo, enquanto tal considerado, senão que diz respeito ao indivíduo dentro da coletividade, cujas fronteiras é a da generalidade dos outros indivíduos; 8º) por isso, esses indivíduos estão em uma situação definitiva e final –e, acrescentamos, não suscetível de ser modificada – de homogeneidade (e, nesse ponto, além de muitos outros, isto é diferente da situação dos interesses e direitos individuais homogêneos, que apenas são tratados homogeneamente, mas avançam além da homogeneidade, quando se ingressa na fase de execução); 9º) daí é que esses indivíduos, dentro da coletividade, são mais ou menos, determináveis, satisfazendo-se a nossa lei com a própria indeterminação, do que deflui a idéia de “fruição múltipla”, mesmo porque tem de

¹¹ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 53.

¹² CHAMBERLAIN, Marise M. Cavalcanti. Direitos ou Interesses Metaindividuais e sua Classificação. In: LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Direitos Metaindividuais**. São Paulo: LTr, 2005, p. 48.

haver, no elemento subjetivo, necessária pluralidade de indivíduos/sujeitos; 10º) os interesses difusos coexistem com os interesses estritamente individuais; 11º) os interesses difusos são animados ou vocacionados a um “controle sobre o conteúdo e sobre o desenvolvimento de posições econômico-jurídicas dominantes, mas impermeáveis (à idéia) de participação”.¹³

Humberto Theodoro Júnior ressalta que nosso ordenamento faz clara distinção entre direitos difusos e coletivos:

A distinção entre direitos difusos e direitos coletivos se faz em função do vínculo que por uma categoria ligada a um sindicato. O grupo obterá benefícios para todos os que representarem entre si o vínculo jurídico comum de associados à mesma instituição.¹⁴

Contudo, é evidente que a relação fática entre os que tiveram o interesse difuso lesado também se subordina a uma relação jurídica, entretanto, a lesão não decorrerá diretamente da relação jurídica em si, mas sim da situação fática resultante. Assim, por exemplo, “uma propaganda enganosa pela televisão relaciona-se, sem dúvida, com questões fáticas e jurídicas; contudo, o que reúne o grupo para fins de proteção difusa é o fato de seu acesso efetivo ou potencial à propaganda enganosa”¹⁵.

Vê-se também a referida diferenciação no art. 103, do Código de Defesa do Consumidor, no qual, para o interesse coletivo, atribui-se sentença o efeito *ultra partes* – ou seja, “a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando nem prejudicando terceiros”¹⁶ (art. 472, do Código de Processo Civil) - , enquanto que para o difuso atribui-se o efeito *erga omnes* – “atingindo não só as partes ativa e passiva do processo como outras entidades que teriam igual legitimidade para a demanda”¹⁷.

Ainda, vale versar que os interesses difusos não são mera subespécie dos interesses públicos. Embora em muitos casos possa até coincidir o interesse de um grupo indeterminável de pessoas com o interesse do Estado ou com o interesse da sociedade como um todo, a verdade é que nem todos os interesses difusos são compartilhados pela coletividade ou comungados pelo Estado. Há interesses difusos:

¹³ ALVIM, Arruda. Ação Civil Pública. **Revista de Processo**. a. 22, n. 87, p. 151/152, jul/set 1997.

¹⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Algumas observações sobre a ação civil pública e outras ações coletivas. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**. n. 9, p. 145, jan-fev/2001.

¹⁵ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 51.

¹⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. vol. 1. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 542.

“a) tão abrangentes que chegam a coincidir com o interesse público (como o meio ambiente como um todo); b) menos abrangentes que o interesse público, por dizerem respeito a um grupo disperso, mas que não chegam a confundir-se com o interesse geral da coletividade (como o dos consumidores de um produto); c) em conflito com o interesse da coletividade como um todo (como os interesses dos trabalhadores na indústria de tabaco); d) em conflito com o interesse do Estado, enquanto pessoa jurídica (como o interesse dos contribuintes); e) atinentes a grupos que mantêm conflitos entre si (interesses transindividuais reciprocamente conflitantes, como os dos que desfrutam do conforto dos aeroportos urbanos, ou da animação dos chamados trios elétricos carnavalescos, em oposição aos interesses dos que se sentem prejudicados pela correspondente poluição sonora).”¹⁸

1.5 Interesses Individuais Homogêneos

Segundo o art. 81, parágrafo único, III, do Código de Defesa do Consumidor, os interesses individuais homogêneos são aqueles de grupo, categoria ou classe de pessoas determinadas ou determináveis, que compartilhem prejuízos divisíveis, de origem comum, normalmente oriundos das mesmas circunstâncias de fato. Possuem como características: “1) pessoas determinadas ou determináveis são seus titulares; 2) prejuízos são divisíveis e 3) prejuízos são de origem comum, sendo decorrentes de uma mesma situação de fato”.¹⁹

Como exemplo de interesses individuais homogêneos, suponhamos os compradores de veículos produzidos com o mesmo defeito de série. Sem dúvida, há uma relação jurídica comum subjacente entre esses consumidores, mas o que os liga no prejuízo sofrido não é a relação jurídica em si (diversamente, pois, do que ocorreria quando se tratasse de interesses coletivos, como numa ação civil pública que visasse a combater uma cláusula abusiva em contrato de adesão), mas sim é antes o fato de que compraram carros do mesmo lote produzidos com o defeito em série (interesses individuais homogêneos). Neste caso, cada integrante do grupo terá direito divisível à reparação devida. Assim, o consumidor que adquiriu dois carros terá indenização dobrada em relação ao que adquiriu um só.”²⁰

A situação de fato e de direito que liga os titulares de um direito individual homogêneo tem que apresentar correspondência tal que as provas produzidas dentro do processo possam se adequar a todos, pois do contrário não se legitimaria a defesa destes interessados individuais de forma coletiva.

¹⁷ Idem, p. 544.

¹⁸ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 51.

¹⁹ GERA, Renata Coelho Padilha. Interesses Individuais Homogêneos na Perspectiva das “Ondas” de Acesso à Justiça. In: LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Direitos Metaindividuais**. São Paulo: LTr, 2005, p. 61.

²⁰ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 54.

Ao analisar a idéia de direito ou interesse individual homogêneo deve-se ter em mente que é sempre possível sua proteção através de uma ação individual, baseada nos institutos processuais tradicionais, como ações para cumprimento de obrigação de fazer ou de não fazer ou obrigação de dar, ações declaratórias de relação jurídica, ações mandamentais, ações cautelares, entre tantas outras.

Logo, direitos ou interesses individuais homogêneos são aqueles interesses que decorrem de um fato comum, correspondente ao ato lesivo ao ordenamento jurídico, permitindo desde logo a determinação de quais membros da coletividade foram atingidos.²¹

Os interesses individuais homogêneos estão inseridos entre os interesses metaindividuais/transindividuais não pela sua essência, mas sim pela forma como são exercidos, ou seja, pelo seu aspecto processual. Até porque o prefixo grego meta indica posterioridade, transcendência, algo que vai além de.²² Dessa forma, interesses metaindividuais são os que perpassam o âmbito individual.

A conceituação legal – não é difícil de perceber – é de uma imprecisão a toda prova. A uma, porque o adjetivo ‘homogêneos’ só indica que o fato gerador é único, já que a dimensão qualitativa ou quantitativa do direito pode variar em razão do indivíduo. Depois, o que a lei denominou de “origem comum” significa que o mesmo fato deu origem a vários direitos; ora, não se tem como negar que os direitos coletivos e difusos também têm sua fonte em origem comum e, tanto isso é verdade que a própria lei, referindo-se aos interesses coletivos, fez menção a uma relação jurídica base. Ora, se há uma relação jurídica base, essa é obviamente a origem comum de tais interesses.²³

Mancuso também se posiciona:

Não são coletivos na sua essência, nem no modo como são exercidos, mas, apenas, apresentam certa uniformidade, pela circunstância de que seus titulares encontram-se em certas situações ou enquadrados em certos segmentos sociais, que lhes confere coesão, aglutinação suficiente para destacá-los da massa de interesses isoladamente considerados.²⁴

²¹ FERNANDES, Tycho Brae e GUIMARÃES, Ângela Silva. A legitimação do Ministério Público na tutela dos interesses ou direitos individuais homogêneos. In: OLIVEIRA, José Alcebiades de e LEITE, José Rubens Morato. **Cidadania Coletiva**. Florianópolis: Paralelo 27, 1996. p. 151.

²² Informação disponível em: http://www.virtual.epm.br/cursos/metanalise/conteudo/modulo2/aula1/grafia_meta.doc Acesso em 21.nov.2008.

²³ CARVALHO FILHO, José Santos. **Ação Civil Pública: Comentários por Artigos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 1999, p. 30.

²⁴ MANCUSO, Rodolfo Camargo. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 278.

Muitas vezes, as consequências patrimoniais desses direitos são tão ínfimas que não estimulam uma ação individual. No entanto, os titulares são tantos que estes valores acabam representando um considerável enriquecimento ilícito do autor da lesão. Em outros casos, a lesão atinge um número tão grande de pessoas que acaba por sobrecarregar o Poder Judiciário com causas idênticas e que, logicamente, devem ser julgadas da mesma maneira, com eficácia *erga omnes* na área abrangida pelo órgão julgador. Em outras circunstâncias, os titulares do direito afetado são pessoas que, em razão de seu baixo grau de instrução, desconhecem a possibilidade de sua defesa, sendo necessária, nesses casos, a atuação do Ministério Público. A sua inclusão entre os interesses metaindividuais objetiva os seguintes fins:

- “a) possibilidade de maior acesso à Justiça, buscando tutelar interesses que, por se constituir objeto de ação de pequeno valor, não eram capazes de estimular ação judicial, mas que quando somados aos demais, conseguiam obter resultado satisfatório tendente a evitar futuros danos;
- b) economia processual, uma vez que a legitimação de entidades e Ministério Público para a propositura da ação evita o abarrotamento dos tribunais com ações idênticas; e
- c) maior equalização das decisões, evitando, por conseguinte, insegurança e descrédito na Justiça.”²⁵

1.6 Princípios da Jurisdição Metaindividual

Paulo Cezar Pinheiro Carneiro propõe um reestudo da garantia constitucional do acesso à justiça a partir de quatro grandes princípios: acessibilidade, operosidade, utilidade e proporcionalidade.²⁶

A acessibilidade significa a existência de sujeitos de direito, capazes de estar em juízo, sem obstáculos de qualquer natureza, utilizando adequadamente o instrumental jurídico e possibilitando a efetivação de direitos individuais e coletivos. Isto se dá por meio do direito à informação, da garantia de uma legitimidade adequada e da gratuidade da justiça para os necessitados.

Operosidade, a seu turno, significa que todos os envolvidos na atividade judicial devem atuar de forma a obter o máximo de sua produção, para que se atinja o efetivo acesso

²⁵ Idem.

à justiça. Este princípio se aplica no campo subjetivo, a partir de uma atuação ética de todos os sujeitos do processo, que devem sempre zelar pela efetividade da atividade processual. No campo objetivo, pode ser instrumentalizado pela utilização correta dos meios processuais, priorizando sempre a busca da verdade real e a índole conciliatória.

Por utilidade entende-se que o processo deve assegurar ao vencedor tudo aquilo a que ele tem direito a receber, da forma mais rápida e proveitosa, garantindo-se, contudo, o menor sacrifício para o vencido. Isto é instrumentalizado por meio dos seguintes fatores: a) superação da dicotomia segurança versus celeridade, binômio que deve ser aquilutado caso a caso, no curso do feito; b) utilização das espécies de tutela de urgência; c) concretização da execução específica como regra, adotando-se a genérica apenas excepcionalmente; d) fungibilidade da execução, especificamente no campo dos direitos do consumidor (art. 6º, inciso V, do CDC), propondo o autor, o aumento da incidência dessa regra para outros campos do Direito; e) alcance subjetivo da coisa julgada, sobretudo nas ações coletivas.

Por fim, o princípio da proporcionalidade, que se traduz pela escolha a ser feita pelo julgador quando existem dois interesses em conflito. Deve ele se orientar por privilegiar aquele mais valioso, ou seja, o que satisfaz um maior número de pessoas. Dessa forma, um direito coletivo deve ter mais valor que um individual. Esse princípio deve se manifestar também no que pertine à legitimidade, concessão de medida de urgência, ônus da prova, utilização de prova ilícita, fungibilidade de execução e coisa julgada.

Outra importante formulação principiológica é a ofertada por Elton Venturi ²⁷, a saber: a) princípio da identificação da lide coletiva pelo seu objeto, o que desloca sensivelmente o próprio modo de ser da atuação jurisdicional; b) princípio da absoluta instrumentalidade, que exige uma atividade inovadora, seja por parte dos condutores das ações coletivas, seja por parte dos juízes, aos quais é concedida uma ampliação dos poderes jurisdicionais; c) princípio da efetiva prevenção e reparação dos danos causados aos direitos metaindividuais, conjugado com o da absoluta instrumentalidade, propicia a aplicação do regime da responsabilidade civil objetiva e solidária de todos os que contribuíram para a lesão, assim como da indenização integral; d) princípio da maior incidência entre o direito e sua realização, impõe ao juiz uma atuação incisiva para conseguir a prestação específica, o

²⁶ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à Justiça**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 55/101.

que implica dizer que a conversão da obrigação original em perdas e danos somente deve ser utilizada subsidiariamente, o que se extrai do art. 84 do CDC.

De outra parte, o acesso metaindividual ao aparelho judiciário brasileiro encontra sustentáculo no princípio constitucional da igualdade real, na medida em que permite que a sentença coletiva produza coisa julgada com eficácia *erga omnes* para os titulares materiais dos direitos ou interesses difusos e individuais homogêneos e *ultra parte* para os titulares materiais dos direitos ou interesses coletivos.

Sob aspecto mais tradicional, a jurisdição metaindividual encontra fundamento nos seguintes princípios²⁸:

- a) Princípio do acesso eficaz à justiça, segundo o qual o processo coletivo deve ser instaurado para a obtenção de resultados práticos. Esse princípio, a rigor, é corolário do princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, matizado no art. 5º, XXXV, da Constituição da República, uma vez que visa não apenas o acesso à prestação jurisdicional como também a garantia de que o demandante terá assegurado o resultado útil do processo.
- b) Princípio inquisitivo, uma vez que o juiz passa a ter maior liberdade na condução do processo coletivo, permitindo-se até mesmo a fixação de multa e o deferimento de liminares de ofício (arts. 11 e 12 da LACP), bem como, nas ações coletivas que tenham por objeto obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente, podendo, ainda, determinar, de ofício, medidas acautelatórias necessárias para a efetivação da obrigação (art. 84, § 5º, do CDC, e arts. 798, 799 e 461, do CPC).
- c) Princípio da condenação genérica, que se encontra consagrado no art. 95, do CDC, e aplicável às ações coletivas que versem tutela de interesses individuais homogêneos, em contraposição ao tradicional princípio do processo civil individual, pois este só admite a sentença genérica em situações especiais, elencadas no art. 286, do CPC.
- d) Princípio da gratuidade, que está positivado no art. 18 da LACP e art. 87 do CDC. Vale dizer, em qualquer ação fundada no sistema da jurisdição metaindividual não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais ou quaisquer outras despesas.

²⁷ VENTURI, Elton. **Execução da Tutela Coletiva**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 73/89.

²⁸ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Direitos Metaindividuais**. São Paulo: LTr, 2005, p. 147/149.

- e) Princípio da ampla divulgação da demanda, a fim de que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes, consagrado no art. 94, do CDC, nomeadamente no que toca à tutela dos interesses individuais homogêneos.
- f) Princípio da boa-fé processual, que, em caso de litigância de má-fé, impõe responsabilidade solidária da associação autora e dos diretores responsáveis pela propositura da ação. É o que deflui do art. 87, § único do CDC e do art. 18 da LACP (com redação dada pelo art. 116, do CDC).
- g) Princípio da coisa julgada oponível erga omnes ou ultra pars, que constitui uma das mais extraordinárias mudanças do processo ortodoxo. Este princípio está inserido nos incisos I, II e III do art. 103 do CDC e art. 16 da LACP.
- h) Princípio da coisa julgada *secundum eventum litis* e princípio da coisa julgada *in utilibus*, ou seja, com efeito entre as partes ou para todos da jurisdição, estando previstos nos §§ 1º, 2º e 3º do art. 103 do CDC.
- i) Princípio da relativização da litispendência, que encontra residência no art. 104 do CDC. Segundo este, as ações para a defesa de interesses coletivos e difusos não induzem litispendência para as ações individuais. Ainda, os efeitos da coisa julgada nas ações que visem interesses coletivos ou individuais homogêneos não beneficiarão os autores de ações individuais, se não for requerida sua suspensão em até 30 dias, a contar da ciência nos autos da ação coletiva.
- j) Princípio da obrigatoriedade da demanda coletiva executiva, pois, decorridos sessenta dias do trânsito em julgado da sentença condenatória em ação civil pública destinada à tutela dos interesses difusos e coletivos, sem que a associação autora da demanda coletiva cognitiva promova a execução, “deverá” fazê-lo o Ministério Público, facultando-se idêntica iniciativa aos demais legitimados. Este princípio é extraído do art. 15, da LACP.
- k) Princípio da indisponibilidade da demanda coletiva cognitiva, porquanto, diversamente do processo individual, em que a ação encerra direito subjetivo ou *facultas agendi*, no processo coletivo há uma obrigatoriedade temperada com oportunidade e conveniência do ajuizamento da ação coletiva. Ademais, há obrigatoriedade de intervenção do Ministério Público quando este não for autor da demanda coletiva, o que já demonstra o caráter de indisponibilidade dos direitos e interesses nela veiculados. De outra parte, em

caso de desistência infundada ou abandono da ação coletiva proposta por associação, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa (art. 5º, §§ 1º e 3º, LACP).

l) Princípio da subsidiariedade, pois, em matéria de tutela dos interesses metaindividuais, é condição necessária à aplicação apriorística do sistema integrado por normas da Constituição Federal, da LACP, do CDC (parte processual), da Lei da Ação Popular, da LOMPU e LONMP. Admite-se, somente subsidiariamente, a aplicação do CPC e da parte processual da CLT em caso de lacuna desse sistema e, ainda assim, observada a indispensável compatibilidade entre a norma a ser transplantada e a gênese da jurisdição metaindividual. Este princípio está positivado nos arts. 19 e 21 da LACP e 90 do CDC.

2. AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Uma fase de crescimento descontrolado, com uma sociedade eminentemente consumista, na qual os danos não ficavam mais restritos ao plano individual – essa é a conjuntura na qual surgiu a Ação Civil Pública.

A Lei nº 7.347/85 surgiu no ambiente jurídico nacional atendendo a reclamações doutrinárias que exigiam um tratamento particular para os denominados conflitos de massa, para os interesses metaindividuais, que não tinham lugar no ordenamento jurídico então vigente, ainda cristalizado por uma excessiva concepção privatista e individualista do processo (à exceção da ação popular constitucional) que, por essa característica, mostrava-se inidôneo para a solução desses conflitos de interesses, até então marginalizados ao acesso ao crivo jurisdicional.²⁹

Com muitas pesquisas e aprofundamento sobre os interesses difusos e sua tutela, foi realizado em 1982 um Congresso, organizado pela Associação Brasileira de Magistrados, que culminou no início da elaboração de um anteprojeto de lei relativo à proteção processual do objeto em estudo.

Esse projeto de lei, com ênfase na proteção ambiental, recebeu o nome de Ação Civil Pública. Entretanto, não se pode afirmar que esse remédio fosse inédito no Brasil, pois a Lei nº 6938/81 – de Política Nacional do Meio Ambiente –, em seu artigo 14, § 1º e a Lei Complementar nº 40/81 - Lei Orgânica do Ministério Público - já se utilizavam desses recursos para a defesa do meio ambiente.

É óbvio que para se chegar a Ação Civil Pública nos moldes em que hoje ela se encontra houve muitas marchas e contramarchas nessa caminhada, sendo relevante ressaltar que uma das principais barreiras enfrentadas nesse processo foi o veto relacionado aos dispositivos que estendiam a Lei da Ação Civil Pública a qualquer interesse difuso e coletivo. As justificativas para o veto presidencial foram as seguintes:

“Excelentíssimos Senhores Membros do Congresso Nacional:

Tenho a honra de comunicar a Vossas Excelências que, nos termos dos arts. 59, § 1º, e 81, item IV, da Constituição Federal, resolvi vetar, parcialmente, o Projeto de Lei da Câmara nº 20, de 1985 (nº 4.984, de 1985, na Casa de origem), que “Disciplina a ação civil pública de

²⁹ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Utilidade social da ação civil pública**. Justitia. n. 58 (1/3), p. 82, jan/mar 1996.

responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, assim como a qualquer outro interesse difuso, e dá outras providências”.

O veto incide sobre as expressões constantes dos dispositivos abaixo indicados:

- ementa: “como a qualquer outro interesse difuso”;
- art. 1º, inciso IV: “a qualquer outro interesse difuso”;
- art 4º, “ou a qualquer outro interesse difuso”; e
- art. 5º, inciso II: “ou a qualquer outro interesse difuso”.

As razões de interesse público dizem respeito precipuamente à insegurança jurídica em detrimento do bem comum, que decorre da amplíssima e imprecisa abrangência da expressão “qualquer outro interesse difuso”.

A amplitude de que se revestem as expressões ora vetadas do Projeto mostra-se, no presente momento de nossa experiência jurídica, inconveniente.

É preciso que a questão dos interesses difusos, de inegável relevância social, mereça, ainda, maior reflexão e análise.

Trata-se de instituto cujos pressupostos conceituais derivam de um processo de elaboração doutrinária, a recomendar, com a publicação desta Lei, discussão abrangente em todas as esferas de nossa vida social.

É importante, neste momento, que, em relação à defesa e preservação dos direitos dos consumidores, assim como do patrimônio ecológico, natural e cultural do País, a tutela jurisdicional dos interesses difusos deixe de ser uma questão meramente acadêmica para converter-se em realidade jurídico-positiva, de verdadeiro alcance e conteúdo sociais.

Eventuais hipóteses rebeldes à previsão do legislador, mas ditadas pela complexidade da vida social, merecerão a oportuna disciplinação legislativa.

Estas as razões de interesse público que me levaram ao veto parcial e que ora tenho a honra de submeter à elevada apreciação dos Senhores Membros do Congresso Nacional.

Brasília, em 24 de julho de 1985.”

Fábio Bonomo de Alcântara expõe que o verdadeiro motivo do veto não era o matizado nas justificativas:

É sabido que a verdadeira razão desse veto presidencial não foi a preocupação com a abrangência do inciso que qualificava a ação civil pública mencionando a todo “direito difuso” e, sim, a preocupação que o governo tinha de freqüentar constantemente o pólo passivo das relações jurídicas que porventura pudessem acontecer.³⁰

³⁰ ALCÂNTARA, Fábio Bonomo de. **Conceito de Ação Civil Pública, sua Natureza Jurídica e as Razões de sua Denominação**. In: LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Direitos Metaindividuais*. São Paulo: LTr, 2005, p. 93.

Hoje, a Ação Civil Pública já abarca, além dos bens jurídicos mencionados, quaisquer interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Este acréscimo é decorrente do Código de Defesa do Consumidor – Lei nº 8.078/90 – que, nos artigos 110-117, que alterou significativamente a Lei da Ação Civil Pública, estabelecendo a aplicação da Ação Civil Pública para qualquer outro interesse difuso ou coletivo. A Lei nº 8.078/90 acrescentou à Lei da Ação Civil Pública o art. 21, que determina: “Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, os dispositivos do Título III da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, que institui o Código de Defesa do Consumidor”. Esse aumento da atuação da Lei da Ação Civil Pública tornou-a mais adequada ao disposto no art. 129, III, da Constituição Federal e pôs fim acerca da taxatividade das hipóteses antes previstas.

A conclusão razoável, a respeito deste aspecto terminológico, parece-nos a seguinte: a ação da lei 7.347/85 objetiva a tutela dos interesses metaindividuais, de início compreensivos dos difusos e dos coletivos em sentido estrito, aos quais na sequência se agregam os individuais homogêneos (Lei 8.078/90, art. 81, III, c/c os arts. 83 e 117), de outra parte, essa ação não é pública porque o Ministério Público pode promovê-la par de outros co-legitimados, mas sim porque ela apresenta um largo espectro social de atuação, permitindo o acesso à justiça de certos interesses metaindividuais que, de outra forma, permaneceria num certo “limbo jurídico”. Para mais, trata-se de locução já consagrada em vários textos legais, inclusive na Constituição Federal (art. 129, III), sendo que, a jurisprudência e a doutrina especializada a empregam normalmente, levando-nos a crer que esse *nomen jûris* – ação civil pública – já está assentado na experiência jurídica brasileira.³¹

Atualmente, então, a legislação aplicável à tutela dos direitos coletivos lato sensu é chamada de microssistema processual da tutela coletiva, com o qual o Código de Defesa do Consumidor interage e complementa, aplicando-se subsidiariamente, ainda, as disposições do Código de Processo Civil.

2.1 Distinção entre Ação Civil Pública e Ação Coletiva

Parte da doutrina afirma que a expressão “Ação Civil Pública” deve ser usada quando a titularidade da ação for do Ministério Público, enquanto que a utilização do termo “Ação Coletiva” é devida quando outro entre os legitimados³² for o titular.

³¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Civil Pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores**. 8. ed. São Paulo: Editora Recita dos Tribunais, 2002, p. 19/20.

³² Art. 5º, da Lei 7.347/85: A ação principal e a cautelar poderão ser propostas pelo Ministério Público, pela União, Pelos Estados e Municípios. Poderão também ser propostas por autarquias, empresas públicas,

Para outra parte da doutrina, a ação seria “Civil Pública” quando fundada na Lei nº 7.347/85 e, quando fundada no Código de Defesa do Consumidor – Lei nº 8.078/90 – seria “Coletiva”.

Do ponto de vista subjetivo, vê-se que a Ação Civil Pública não tem como único legítimo o Ministério Público. Do ponto de vista objetivo, tem-se uma estrutura processual que obterá os mesmos efeitos, sendo com base no Código de Defesa do Consumidor, seja com base na Lei da Ação Civil Pública. Dessa forma, qualquer distinção desse sentido mostra-se inócua.

2.2 Competência

A Lei nº 7.347/85 determina, em seu art. 2º, que as ações civis públicas serão propostas no local onde ocorrer ou possa ocorrer o dano, estabelecendo que a competência do juízo será funcional, como ensinam os Professores Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, "a competência é do foro do local onde ocorreu ou deva ocorrer o dano. Caso o dano se verifique em mais de uma comarca, é competente qualquer uma delas, resolvendo-se a questão pela prevenção".³³

Este também é o entendimento de Hely Lopes Meirelles, para quem "a ação civil pública e as respectivas medidas cautelares deverão ser propostas no foro do local onde ocorrer o dano (...) justifica-se (...) pela facilidade de obtenção da prova testemunhal e realização de perícia que forem necessárias à comprovação do dano. (...) a competência para processamento da ação civil pública é de natureza funcional (...), e, portanto absoluta e improrrogável."³⁴

fundação, sociedade de economia mista ou por associação que: I – esteja constituída há pelo menos um ano, nos termos da lei civil; II – inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção do meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

³³ NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade . **Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 483.

³⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança** . 29. Ed. , atualizada e complementada de acordo com as Emendas Constitucionais, a legislação vigente e a mais recente jurisprudência do STF e do STJ por Arnold Wald e Gilmar Ferreira Mendes com a colaboração de Rodrigo Garcia da Fonseca). São Paulo: Malheiros, p. 188.

Já da leitura do referido art. 2º se percebe que o legislador atrelou dois critérios fixadores de competência que, ordinariamente, aparecem separados,

Porque um – o local do fato – conduz à chamada competência “relativa”, prorrogável, porque estabelecida em função do interesse das partes ou da facilidade para a colheita de prova; outro – competência funcional – leva à chamada competência “absoluta”, improrrogável e inderrogável, porque firmada em razões de ordem pública, de interesse do processo.³⁵

Esclarece a Exposição de Motivos³⁶ do anteprojeto ao depois convertido na Lei nº 7.347/85:

(...) as causas serão aforadas no lugar onde o dano se verificou ou onde deverá verificar-se. Deu-se à competência a natureza absoluta, já que funcional, a fim de não permitir a eleição de foro ou a sua derrogação pela não apresentação de exceção declinatória. Esse critério convém ao interesse público existente naquelas causas.

É plenamente justificável que seja assim, pois o juiz do local onde ocorre o dano é o mais indicado para o julgamento do mesmo, haja vista que está mais próximo fisicamente do evento. Além disso, a ação é de índole reparatória, tendente à recondução das coisas ao *status quo ante*.

2.3 Legitimação

A clássica maneira de defender interesses em juízo dá-se por meio da chamada legitimação ordinária, ou seja, a própria pessoa que se diz lesada é que defende seu interesse. Já a legitimação extraordinária matiza a possibilidade de alguém, em nome próprio, defender em juízo interesse alheio. É o que ocorre na ação civil pública.

São legitimados formais para a propositura da ação civil pública, nos termos do art. 5º da Lei nº 7.347/85:

Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:
I - o Ministério Público;
II - a Defensoria Pública;
III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

³⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Civil Pública**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 51.

³⁶ Disponível em:

http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/codigobras_proc_col_exposicaodemotivos_final_28_2_2005.pdf
Acesso em: 21 nov. 2008.

IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;

V - a associação que, concomitantemente:

a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil;

b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

A legitimação extraordinária configura uma substituição processual, inconfundível com a representação. Na representação processual, alguém, em nome alheio, defende o interesse alheio. Já na substituição processual, alguém, que não procurador ou mandatário, comparece em nome próprio e requer em juízo a defesa de um direito que admite ser alheio.

(...) podemos dizer que *legitimatío ad causam* seja, em verdade, uma qualidade jurídico-processual que reveste a pessoa (ou já parte) de titularidade do direito de ação em função da abstrata titularidade da relação jurídica material posta em juízo (legitimação ordinária); ou em função da expressa vontade da lei quando não seja alguém, evidentemente, o titular da relação disciplinada (legitimação extraordinária).³⁷

(...) encontram-se nela a legitimidade ordinária e extraordinária, a primeira, a regra, a segunda, a exceção. Na legitimidade ordinária coincidem a figura das partes com os pólos da relação jurídica, material ou processual, real ou apenas afirmada, retratada no pedido inicial. A parte, legitimada direta ou ordinariamente no processo, suporta todos os efeitos da decisão judicial, sem exceção, de vez que postula em nome próprio direito próprio. No plano da normalidade, não há porque atribuir-se a terceiro o direito de postular, em nome próprio, direito alheio. Essa possibilidade, pelas implicações consideráveis que envolve, há de ser limitada e justificada por motivos de política legislativa, dentre outros, de molde a espelhar no sistema jurídico a sobre posição dos interesses da coletividade ou de terceiros em relação a um direito alheio, no plano judicial.³⁸

A legitimação extraordinária foi criada para evitar duas consequências indesejáveis, decorrentes do necessário ingresso individual à Justiça: a) os poucos que se aventurassem a comparecer em juízo receberiam inevitáveis decisões contraditórias, o que, além de ser injusto, geraria grave descrédito para o funcionamento do sistema; b) a grande maioria de lesados acabaria desistindo da defesa de seus direitos, o que consistiria em verdadeira denegação de acesso à jurisdição para o grupo.

Hugo Nigro Mazzilli identifica na ação civil pública ou coletiva a predominância do fenômeno da legitimação extraordinária ou da substituição processual, pois

³⁷ MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **A intervenção do Ministério Público no Processo Civil Brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 104.

³⁸ ARMELIN, Donald. **Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1979, p. 116/117.

(...) esse fenômeno processual só não ocorreria se o titular da pretensão processual estivesse agindo apenas na defesa de interesse material que ele alegasse ser dele mesmo, mas na ação civil pública ou coletiva, os legitimados ativos, ainda que ajam de forma autônoma e possam também defender interesses próprios, na verdade estão a buscar em juízo mais que a só proteção de seus interesses.³⁹

Já Rodolfo de Camargo Mancuso sustenta estar presente uma verdadeira legitimação ordinária, quando o Ministério Público, a Defensoria Pública, os entes políticos, seus órgãos descentralizados e as associações, em nome próprio, propõem ações judiciais em defesa de seus interesses, embora em termos de co-legitimação.⁴⁰

Alguns doutrinadores realçam a presença da legitimidade autônoma, quando alguém, ainda que legitimado extraordinariamente, para a defesa em juízo de interesses de terceiros, também esteja a defender direito próprio. Trata-se de uma posição jurídica própria, ou uma legitimação anômala de tipo misto, em matéria de ação civil pública, para a tutela de interesses difusos.⁴¹ Assim, para esses autores, legitimação extraordinária há somente nas ações civis públicas que versem sobre a defesa de interesses individuais homogêneos, pois, neste caso, os legitimados ativos para as ações de caráter coletivo não são os mesmos titulares dos interesses divisíveis dos indivíduos integrante do grupo lesado.⁴² Nesse sentido:

Estas modificações vieram a ter implicações na concepção e na estrutura das ações coletivas. Como nas ações coletivas, a descoincidência entre a parte e os beneficiários (que seriam as partes materiais) passa a ser a regra absoluta, e daí, então, encontra-se na idéia de parte processual alto rendimento operacional. Os legitimados (art. 5º, da LACP; art. 82, do CDC), são tais, porque são legitimados *ex lege*. As categorias de legitimação ordinária e extraordinária, nascidas para e, próprias do processo individualista, em que a legitimação ordinária era a regra, e, a extraordinária a exceção, se são funcionais nesse contexto, se transportadas para o processo coletivo, resultarão mal aplicadas, justamente porque pertencentes ao processo individualista. Falar-se que os legitimados, nas ações coletivas, são legitimados ordinários, também não se nos afigura correto, porque a legitimação ordinária supõe a coincidência entre o que pede, que é mesmo para quem se pede, e, *mutatis mutandis*, isso ocorre com a parte passiva, o réu. A legitimação extraordinária colocava-se como exceção a essa regra geral, de que as partes sempre perseguiam e defendiam direito próprio. No sistema de ações coletivas, pois, melhor é, referir-se a uma legitimação autônoma, *ex lege*, por definição, sempre havendo descoincidência entre o que postula e os beneficiários desta postulação, salvo, por exemplo, na hipótese de interesses e direitos individuais

³⁹ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 61.

⁴⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses Difusos – Conceito e Legitimação para Agir**. p. 261, Ver. Dos Tribunais, 2001.

⁴¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses Difusos – Conceito e Legitimação para Agir**. p. 228/229, Ver. Dos Tribunais, 2001.

⁴² NERY, Nelson e Rosa. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Extravagante em Vigor**, notas ao art. 5º, da Lei nº 7.347/1985.

homogêneos, em que há o fenômeno da substituição processual, até mesmo pelos dizeres do texto legal.⁴³

Ainda, Pedro Lenza traz a seguinte conceituação acerca da natureza da legitimação:

pode-se dizer, (...) que a legitimação para a tutela coletiva é extraordinária, autônoma, exclusiva, concorrente e disjuntiva: a) extraordinária, já que haverá sempre substituição da coletividade; b) autônoma, no sentido de ser a presença do legitimado ordinário, quando identificado, totalmente dispensada; c) exclusiva em relação à coletividade substituída, já que o contraditório se forma suficientemente com a presença do legitimado ativo; c) concorrente em relação aos representantes adequados, entre si, que concorrem em igualdade para a propositura da ação; e, e) disjuntiva, já que qualquer entidade poderá propor a ação sozinha, sem a anuência, intervenção ou autorização dos demais, sendo o litisconsórcio eventualmente formado, sempre facultativo.⁴⁴

Enfim, é a legitimidade ordinária a regra e a extraordinária, a exceção. Na legitimidade ordinária coincidem a figura das partes com os pólos da relação jurídica, material ou processual, real ou apenas afirmada, retratada no pedido inicial. A parte, legitimada direta ou ordinariamente no processo, suporta todos os efeitos da decisão judicial, sem exceção, de vez que postula em nome próprio direito próprio. No plano da normalidade, não há porque atribuir-se a terceiro o direito de postular, em nome próprio, direito alheio. Essa possibilidade, pelas implicações consideráveis que envolve, há de ser limitada e justificada por motivos de política legislativa, dentre outros, de molde a espelhar no sistema jurídico.

2.4 Atuação do Ministério Público

A menção “Parquet” (termo traduzido para o português como “assoalho”), muito usada com referência ao Ministério Público, provém da tradição francesa, assim como as expressões “magistrature débout” (magistratura de pé) e “les gens du roi” (as pessoas do rei). Com efeito, os “procuradores do rei”, antes de adquirirem a condição de magistrados e conquistarem assento ao lado dos juízes, tiveram inicialmente, lugar sobre o assoalho (parquet) da sala de audiências, ao invés de ocupar posição sobre o estrado, lado a lado à

⁴³ ALVIM, Ação Civil Pública, **Revista de Processo**. A. 22, n. 87, p. 156, jul/set 1997.

⁴⁴ LENZA, Pedro. **Teoria Geral da ação civil pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 186.

“magistrature assise” (magistratura sentada). Entretanto, a história culminou por consagrar o uso dos termos “Parquet” e “Magistrature Débout”, utilizados até hoje para identificar a instituição ministerial.

A fim de conceder prestígio e força a seus procuradores, os reis deixavam sempre clara a independência desses em relação aos juízes. O Ministério Público constitui-se em verdadeira magistratura diversa da dos julgadores. Até os sinais exteriores desta proeminência foram resguardados; membro do Ministério Público não se dirigia aos juízes no chão, mas de cima do mesmo estrado (‘Parquet’ – palavra que tornou-se sinônimo da própria instituição Ministério Público) em que eram colocadas as cadeiras desses últimos e não se descobriam para lhe endereçar a palavra, embora tivessem de falar de pé (sendo por isso chamados de ‘Magistrature de bout’, Magistratura de pé).⁴⁵

Essa identificação do Ministério Público era adequada à realidade do direito brasileiro até a Constituição Federal de 1988, na qual o Ministério Público deixou de ser defensor do Poder Executivo e passou a atuar como substituto dos cidadãos. A Constituição Federal vedou ao Ministério Público Federal a representação de entidades públicas, sendo que suas funções foram matizadas de forma mais pormenorizada na Lei Complementar nº 75/93 - Lei Orgânica do Ministério Público da União⁴⁶.

A atuação do Ministério Público, na área cível, teve sua abrangência ampliada com a Lei da Ação Civil Pública, em 1985. Todavia, foi com a promulgação da Constituição Federal, em 1988, que seu papel tornou-se de vital importância para a sociedade. Ao definir o Ministério Público como “instituição permanente essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem pública, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”, o Poder Constituinte Originário proibiu o legislador derivado de qualquer emenda à Constituição ou à lei que causasse sua extinção. A caracterização do Ministério Público é matizada por Antônio Cláudio da Costa Machado:

O Ministério Público (...) é um ente eminentemente social, a princípio pré-jurídico, mas que sempre transcendeu os limites do direito positivo, e por isso se desenvolveu tanto, sendo hoje parte do próprio Estado para a concretização de uma de suas grandes aspirações: a realização da justiça. É algo que nasceu espontaneamente, como fruto de uma determinada necessidade social num determinado momento histórico, e que se desenvolveu por meio de novas

⁴⁵ TORNAGHI, Hélio. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, p. 277/278.

⁴⁶ Por força do art. 29 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. A Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de Santa Catarina é a nº 197/2000.

necessidades em outros momentos, adquirindo o caráter de permanência durante esse processo de evolução. Na medida em que crescia, mas concreto e definido seu tornou o seu escopo, mais claro se tornou o seu papel social. O Ministério Público é, portanto, esse ser jurídico permanente, posto que extrapola o indivíduo no tempo e no espaço, e que possui vida e disciplina próprias, forças e qualidades particulares e uma vocação especial de bem servir a própria sociedade que o criou.⁴⁷

Hugo Nigro Mazzilli pontua:

A Constituição destina o Ministério Público, de forma prioritária, ao zelo dos mais graves interesses da coletividade, com o respeito aos direitos nela assegurados, os interesses sociais e individuais indisponíveis, o patrimônio público e social, o meio ambiente e outros interesses difusos e coletivos. (...) o objeto da atenção do Ministério Público resume-se nesta tríade: a) ou zela para que não haja disposição alguma de interesses que a lei considera indisponível; b) ou, nos casos em que a indisponibilidade é apenas relativa, zela para que a disposição daquele interesse seja feita conformemente com as exigências da lei; c) ou zela pela prevalência do bem comum, nos casos em que não haja indisponibilidade do interesse, nem absoluta, nem relativa, mas esteja presente o interesse da coletividade como um todo na solução do problema.⁴⁸

Cândido Rangel Dinamarco afirma que:

(...)o interesse público que o Ministério Público resguarda não é o puro e simples interesse da sociedade no correto exercício da jurisdição como tal - que também é uma função pública - porque dessa atenção estão encarregados os juizes, também agentes estatais eles próprios. O Ministério Público tem o encargo de cuidar para que, mediante o processo e o exercício da jurisdição, recebam o tratamento adequado certos conflitos e certos valores a eles inerentes.⁴⁹

Na lição de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Carlos de Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco, o Ministério Público:

é na sociedade moderna, a instituição destinada à preservação dos valores fundamentais do Estado enquanto comunidade. (...) é que o Estado social de direito se caracteriza fundamentalmente pela proteção ao fraco (fraqueza que vem de diversas circunstâncias, como a idade, estado intelectual, inexperiência, pobreza, impossibilidade de agir ou compreender) e aos direitos e situações de abrangência comunitária e, portanto transindividual, de difícil preservação por iniciativa dos particulares. O Estado contemporâneo assume por missão garantir ao homem, como categoria universal e eterna, a preservação de sua condição humana, mediante o acesso aos bens necessários a uma existência digna - e um dos organismos de que dispõe para realizar essa função é o Ministério Público, tradicionalmente apontado como instituição de proteção aos fracos e que

⁴⁷ MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **A intervenção do Ministério Público no Processo Civil Brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 24/25.

⁴⁸ MAZZILLI, Hugo Nigro. **Regime jurídico do Ministério Público**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 138/139.

⁴⁹ Cândido Rangel Dinamarco. **Instituições de Direito Processual Civil**. vol. I. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 683.

hoje desponta como agente estatal predisposto à tutela de bens e interesses coletivos ou difusos.⁵⁰

Além de seu importante papel na esfera penal, o Ministério Público tem como função, no processo civil, velar pelos interesses indisponíveis da sociedade. Nesse contexto, sua atuação se dá em dois campos: 1) como parte, quando legitimado por lei para dar início a algumas espécies de ação; e 2) como fiscal da lei. Todavia, essa distinção carece de eficácia, haja vista que não enfrenta com profundidade todos os aspectos da atuação ministerial. O Ministério Público, ao ser parte, não deixa de zelar pelo correto cumprimento da lei e, nem por ser fiscal da lei, deixa de ser titular de ônus e faculdades processuais.

É mais adequado examinar a atuação do Ministério Público, na área civil, tendo em vista a forma pela qual se manifesta, como: autor; substituto processual; interveniente em razão da natureza da lide; interveniente em razão da qualidade da parte. Mesmo assim, a análise bilateral da atuação do Ministério Público serve para explicar nuances de sua atuação.

Quando agir como representante da parte ou substituto processual, estará vinculado à defesa do interesse cujo zelo lhe foi cometido. Assim, por exemplo, caso seja regularmente argüida prescrição ou interposto recurso contra os interesses do incapaz, o órgão ministerial pode opinar livremente, não sendo compelido a subscrever, endossar ou nada opor a uma ilegalidade. Só não pode tomar iniciativa de impulso processual (exceções, embargos, recursos) em defesa de interesses disponíveis da parte contrária, maior e capaz. Porém, se o Ministério Público propuser uma ação em defesa de interesses globais da sociedade, apesar de sua posição formal de parte, não deixa de zelar pela ordem pública, não estando obrigado a postular a procedência do pedido, caso ao fim da instrução se convença de que não há justa causa para tanto, mantendo total liberdade de opinião.

⁵⁰ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 15. ed., São Paulo: Malheiros, 1999, p. 209.

2.5 Princípios Institucionais do Ministério Público

Os princípios institucionais do Ministério Público são garantias para sua atuação. Todos os seus membros formam um só órgão, sob uma só direção, o que se traduz pelo princípio da unidade. Por indivisibilidade deve-se entender que um membro pode ser substituído por outro, na forma estabelecida em lei, sem que haja prejuízo da atuação da instituição. A independência funcional assegura aos membros do Ministério Público agir de acordo com suas próprias convicções, sem sofrer qualquer ingerência de ordem interna ou externa, salvo quando previsto em lei. Qualquer hierarquia existente o será somente em sentido administrativo. Segundo a LONMP (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), as promotorias e procuradorias são órgãos estritamente administrativos, que não podem ser destinatários de atribuições funcionais. As atribuições são dos promotores e procuradores de justiça, órgãos de execução do Ministério Público.

A Lei nº 8.625/93, introduziu a LONMP no ordenamento jurídico normas gerais, às quais devem se submeter às leis orgânicas dos Ministérios Públicos dos Estados. Já se firmou que não há subordinação e nem hierarquia entre o Ministério Público da União e o Ministério Público dos Estados, em razão do princípio federativo. No entanto, para que se estabeleça uma certa uniformidade, a Constituição Federal concedeu ao Poder Legislativo Federal a competência para editar normas gerais.

Em relação às atribuições do Ministério Público, a lei descreve de maneira mais minuciosa as funções determinadas pela Constituição Federal, acrescentando alguns pontos que nela não foram abordados. No art. 25, inciso IV, da Lei nº 7.345/85, houve uma distinção entre interesses individuais indisponíveis e interesses individuais homogêneos. A Constituição Federal faz referência apenas aos interesses individuais indisponíveis, mas também determina que ao Ministério Público possam ser atribuídas outras funções, desde que compatíveis com os fins da instituição. Vale ressaltar que, segundo Nery Júnior, “a tendência legislativa é alargar, sempre que possível, a legitimidade do Ministério Público

para a defesa dos direitos metaindividuais em juízo, estando na contramão da evolução do direito brasileiro os que pensam em contrário”⁵¹.

Já no tocante aos conflitos de atribuições entre os membros de um mesmo Ministério Público, ter-se-á a solução nos termos da respectiva lei orgânica.⁵² Contudo, a legislação é omissa sobre a solução de conflitos de atribuição entre membros de Ministérios Públicos diversos como, por exemplo, entre o Ministério Público Federal e o de um dos Estados. Como, nesse caso, o conflito se trava entre órgãos do Estado e da União, a solução caberá ao Supremo Tribunal Federal, conforme art. 102, I, f, da Constituição Federal.

Nesse sentido:

(...) de acordo com a norma do § 1º do artigo 128 do Diploma Maior chefia ele o Ministério Público da União, não tendo ingerência, considerados os princípios federativos, nos Ministérios Públicos dos Estados". O MP federal, em suma, não pode ter preponderância nem poder de comando sobre o MP estadual.

(...)

Uma coisa é a atividade do Procurador-Geral da República no âmbito do Ministério Público da União, outra é a atividade do Procurador-Geral de Justiça no Ministério Público do Estado. Algo diverso, e que não se coaduna com a organicidade do Direito Constitucional, é dar-se à chefia de um Ministério Público, por mais relevante que seja, em se tratando da abrangência de atuação, o poder de interferir no Ministério Público da unidade federada, agindo no campo administrativo de forma incompatível com o princípio da autonomia estadual. Esta apenas é excepcionada pela Constituição Federal e não se tem na Carta em vigor qualquer dispositivo que revele a ascendência do Procurador-Geral da República relativamente aos Ministérios Públicos dos Estados .

(...)

Como já sublinhado, não há disposição específica na Lei Fundamental relativa a essa competência, de qualquer modo, o impasse não podia continuar. Solução: diante do vácuo legislativo, cabe ao próprio STF dirimir o conflito. Aliás, a Corte Suprema já tinha precedente

⁵¹ NERY JÚNIOR, Nelson. **O Ministério Público e as Ações Coletivas**. In: MILARÉ, Edis. Ação Civil Pública. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 357.

⁵² A decisão de conflitos de atribuição incumbe: a) ao respectivo procurador-geral, nos Estados e no Distrito Federal (Lei nº 8.625/93, art. 10, X); b) ao procurador-geral da República, se disserem respeito a integrantes de diferentes ramos do Ministério Público da União (LC nº 75/93, art. 26, VII); c) às Câmaras de Coordenação e Revisão, com recurso ao procurador-geral da República, se disserem respeito a integrantes do Ministério Público Federal (LC nº 75/93, arts. 49, VIII, e 62, VII).

segundo o qual, diante da conclusão sobre o silêncio do ordenamento jurídico a respeito do órgão competente para julgar certa matéria, a ela própria cabe a atuação.⁵³

Há ainda incidentes processuais que geram conflito entre o membro do Ministério Público e o magistrado.

Não raro, o juiz dá vista de um processo cível ao membro do Ministério Público, mas este nega a presença de interesse que justifique sua intervenção; ou, o juiz discorda do conteúdo de uma manifestação processual do promotor, como quando o promotor requer a remessa dos autos para outro juízo. Nesses casos, têm-se encaminhado os autos ao procurador-geral, para manifestação.⁵⁴

2.6 Princípio da Obrigatoriedade

O art. 127 da Constituição Federal ao incumbir o Ministério Público da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, não o faz como um direito que lhe assiste o direito de desincumbir-se destas citadas atribuições, mas como um poder-dever que lhe é inerente. Emanando, portanto, deste artigo mais um elemento a consubstanciar a obrigatoriedade e indisponibilidade da propositura da ação civil pública pelo Ministério Público.

A obrigatoriedade da atuação Ministerial encontra limites no princípio da legalidade e da autonomia funcional, sendo que este último orienta a submissão do agir ministerial apenas à convicção formada pelo promotor, em face da análise das informações que tem, não se subordina a nenhum poder ou órgão da Administração. Isso lhe permite propor o arquivamento dos autos do inquérito civil ou das peças de informação, desde que não se convença da existência de elementos suficientes para atuar. Segundo a Lei nº 7.347/85:

Art. 9º - Se o órgão do Ministério Público, esgotadas todas as diligências, se convencer da inexistência de fundamento para a propositura da ação civil, promoverá o arquivamento dos autos do inquérito civil, ou das peças informativas, fazendo-o fundamentadamente.

⁵³ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Conflito de Jurisdição nº 5.133, rel. Ministro Aliomar Baleeiro, 22/05/1970.

⁵⁴ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 187.

Mesmo assim, não se mitiga a indisponibilidade da Ação Civil Pública pelo membro do Ministério Público. Mesmo tendo o Ministério Público a liberdade para apreciar a ocorrência de hipótese em que a ação se torna obrigatória, não tem a liberdade para não ingressar com o respectivo instrumento processual, quando devido.

Há dois meios de controle da não propositura da Ação Civil Pública pelo Ministério Público: a) Sob pena de falta funcional, o membro que promove o arquivamento deve remeter, de ofício, dentro do prazo de 3 (três) dias, as peças de informação ao Conselho Superior, para reexame da decisão de arquivamento (art. 87, §1º, da Lei Orgânica do Ministério Público de Santa Catarina); b) Em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa (artigo 5º, §1º da Lei 7.347/85).

Segundo a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei 8.625/91):

art. 30 – Cabe ao Conselho Superior do Ministério Público rever o arquivamento de inquérito civil na forma da lei .

Todavia, o princípio da obrigatoriedade ilumina não só a propositura como o impulso da Ação Civil Pública pelo Ministério Público. Na LACP, há várias referências ao dever ministerial de agir. É verdade que logo no *caput* do art. 5º fala-se que o Ministério Público e outros legitimados poderão propor a ação principal e a cautelar. Todavia, no tocante ao Ministério Público, mais que mero poder, identifica-se o dever de agir como, por exemplo, no § 1º do mesmo artigo, que cuida da obrigatoriedade da intervenção ministerial no feito, quando já não atue como parte. Ainda, o § 3º prevê o dever do Ministério Público de assumir a titularidade ativa em caso de abandono infundado pela associação legitimada. Se o órgão do Ministério Público entender que não é caso de assumir, deverá submeter previamente suas razões ao Conselho Superior que, caso discorde, poderá designar outro membro para o prosseguimento do feito. Em caso do juiz não aceitar a recusa do órgão do Ministério Público, o processo será encaminhado ao Conselho Superior que, concordando com o juiz, designará outro membro para o feito. Tem-se também o art. 15, que impõe ao membro do Ministério Público o dever de promover a execução da sentença condenatória.

Os Professores Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery ensinam que,

(...) a desistência da ação deverá vir acompanhada de fundamentação pelo autor da ACP. Caberá ao MP verificar se é fundada ou não. A desistência pura e simples não obrigará o MP a assumir o pólo ativo da ACP, mas apenas a desistência infundada (...) Verificando que houve desistência infundada ou abandono injustificado da ação, o MP tem o poder-dever vinculado de assumir a titularidade ativa da ACP (...) não se trata de ato discricionário do MP, cabendo-lhe integrar os conceitos jurídicos indeterminados de "infundada" para a desistência e de "injustificado" para o abandono.⁵⁵

Como destacam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

(...) o controle da desistência de ACP já proposta é judicial, cabendo ao juiz aplicar os princípios norteadores do CPC (LACP 19): se já houve citação, deverá homologar a desistência depois da anuência do réu (CPC 267 § 4º); se a desistência ocorrer antes da citação, o juiz pode homologá-la desde logo. A consequência da homologação da desistência da ação é a extinção do processo sem julgamento do mérito (CPC 267 VIII). Caso o juiz não concorde com a desistência da ACP pelo MP, aplica-se analogicamente o CPP 28. O magistrado então remeterá os autos ao PGJ, que insistirá na desistência ou designará outro órgão do MP para assumir a titularidade ativa da ACP.⁵⁶

O Ministério Público, na função de órgão interveniente, fiscal da aplicação da lei deve se manifestar acerca da desistência da ação civil pública por parte dos co-legitimados constantes do rol do art. 5º da Lei nº 7.347/85. Por sua vez, em caso de abandono o Ministério Público também terá oportunidade de se manifestar no sentido de assumir ou não a titularidade da ação, pois a assunção pelo Ministério Público, em caso de abandono ou desistência da ação civil pública, somente ocorrerá se estes forem infundados.

2.7 Inquérito Civil

O *parquet* é o legitimado ativo cuja atuação na defesa dos interesses transindividuais se faz mais presente na sociedade, tendo inclusive amparo constitucional à sua legitimação:

Art. 129 - São funções institucionais do Ministério Público:
(...)

⁵⁵ NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 489.

⁵⁶ Idem, p. 489.

III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

A atuação do Ministério Público, no âmbito dos interesses transindividuais inicia-se, em considerável parte das vezes, mediante a instauração de inquérito civil, que, nos moldes do inquérito policial, também é um procedimento administrativo de natureza prejudicial, destinado à colheita de elementos que corroborem a propositura de ação civil pública. Ao contrário do que ocorre com o inquérito policial cujo trâmite se dá na alçada da polícia civil, não obstante a fiscalização do Ministério Público e mesmo do Poder Judiciário, o inquérito civil é instaurado pelo órgão do Ministério Público, que o faz mediante representação ou *ex officio*.

O inquérito civil é um instrumento destinado a possibilitar uma triagem das várias denúncias que chegam ao conhecimento do Ministério Público, podendo este prescindir deste instituto, considerando presentes desde logo elementos suficientes à propositura da ação civil pública. Ainda, este instrumento pode vir a cumprir papel preventivo sobre o potencial infrator.

Ele permite durante sua tramitação, por exemplo, que o Ministério Público se valha de notificação para colher depoimento ou esclarecimento e, em caso de não comparecimento injustificado, requisitar condução coercitiva, inclusive pela Polícia Civil ou Militar, ressalvadas as prerrogativas em lei.⁵⁷

José Celso de Mello Filho comentou sobre o projeto da Lei nº 7.345/85:

O projeto de lei, que dispõe sobre a ação civil pública, institui, de modo inovador, a figura do inquérito civil. Trata-se de procedimento meramente administrativo, de caráter pré-processual, que se realiza extrajudicialmente. O inquérito civil, de instauração facultativa, desempenha relevante função instrumental. Constitui meio destinado a coligir provas e quaisquer outros elementos de convicção, que possam fundamentar a atuação processual do MP. O inquérito civil, em suma, configura um procedimento preparatório, destinado a viabilizar o exercício responsável da ação civil pública. Com ele, frustra-se a possibilidade, sempre eventual, de instauração de lides temerárias. A instauração do inquérito civil não obrigará o MP ao ajuizamento da ação civil pública, desde que lhe pareçam insuficientes os elementos de convicção coligidos. Os titulares da ação civil pública, as Associações, inclusive, possuem legitimidade autônoma para o ajuizamento da ação civil pública. Podem

⁵⁷ Art. 26, I, a, Lei Orgânica do Ministério Público.

ajuizá-la antes do Ministério Público, ou durante a tramitação do inquérito civil, ou ainda, após eventual arquivamento do inquérito civil.⁵⁸

Todavia, como já exposto, a discricionariedade do Ministério Público, no tocante ao possível arquivamento de inquérito civil, passa pelo crivo do Conselho Superior do Ministério Público, conforme o art. 9º, da Lei nº 7.347/85:

Art. 9º Se o órgão do Ministério Público, esgotadas todas as diligências, se convencer da inexistência de fundamento para a propositura da ação civil, promoverá o arquivamento dos autos do inquérito civil ou das peças informativas, fazendo-o fundamentadamente.

§ 1º Os autos do inquérito civil ou das peças de informação arquivadas serão remetidos, sob pena de se incorrer em falta grave, no prazo de 3 (três) dias, ao Conselho Superior do Ministério Público.

§ 2º Até que, em sessão do Conselho Superior do Ministério Público, seja homologada ou rejeitada a promoção de arquivamento, poderão as associações legitimadas apresentar razões escritas ou documentos, que serão juntados aos autos do inquérito ou anexados às peças de informação.

§ 3º A promoção de arquivamento será submetida a exame e deliberação do Conselho Superior do Ministério Público, conforme dispuser o seu regimento.

§ 4º Deixando o Conselho Superior de homologar a promoção de arquivamento, designará, desde logo, outro órgão do Ministério Público para o ajuizamento da ação.

2.8 Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta

Trata-se de um instrumento administrativo, utilizado pelos mesmos legitimados para a promoção da ação civil pública, em especial o Ministério Público, para realizar acordos entre este, órgão fiscalizador e garantidor da preservação de conservação de direitos metaindividuais, e aquele que está causando algum prejuízo ou na iminência de causar contra estes direitos, conforme o art. 5º, § 6º, da Lei nº 7.347/85.

É importante ressaltar que o termo de compromisso de ajustamento de conduta, mesmo que ordinariamente surja no bojo de um inquérito civil, pode igualmente ser celebrado por qualquer órgão público co-legitimado ativo para a ação civil pública. Nesse ponto, esclarece José Marcelo Menezes Vigliar:

Forçoso reconhecer, então, que o termo de ajustamento de conduta não constitui instituto exclusivo do inquérito civil. Poderá (...) até constituir uma das causas para seu arquivamento;

⁵⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública**. 29. edição. São Paulo: Malheiros, 2006. p.183.

poderá ser obtido em seu curso; contudo, não é instrumento exclusivo seu, diante do que a lei prevê, ou seja, a possibilidade de sua obtenção pelos demais co-legitimados.⁵⁹

Esse termo de compromisso ajuste de conduta tem força de título executivo extrajudicial, conforme art. 5º, § 6º, da Lei nº 7347/85, sendo tal disposição reproduzida no art. 20, do Ato nº 135/2000, da Procuradoria Geral de Justiça de Santa Catarina. Caso o agente provocador do dano não venha a cumprir ao que fora determinado no termo de ajustamento, o órgão público responsável terá o dever de executar diretamente o ofensor. Assim, não se faz mais necessário o reconhecimento do direito, pelo processo de conhecimento, para poder exigir o cumprimento do acordo, uma vez que o termo de ajustamento possui a característica de título executivo. Descumprindo-o, o agente provocador então será submetido a penalidades dispostas no próprio termo de acordo. Desta forma, o tempo que demoraria para que o ofensor deixasse de proceder ilegalmente e inconstitucionalmente é reduzido.

A título de prelúdio, deve-se consignar que o termo de ajustamento de conduta não possui a natureza jurídica de transação, uma vez que o órgão público que firmou o acordo não pode realizar concessões mútuas de direito indisponível, circunstância que desfigura um dos elementos constitutivos da transação, segundo dispõe o artigo 840 do Código Civil.

Com efeito, além da natureza indisponível dos interesses difusos e coletivos, cumpre ressaltar, ainda, que o princípio da legalidade impede que dirigente de órgão público formule termo de compromisso que não resguarde de forma total os bens metaindividuais, reforçando o argumento de que o compromisso firmado não possui a natureza jurídica de transação. Todavia, existe um espaço transacional no compromisso de ajuste de conduta que não abrange a parte substantiva da obrigação, mas somente os seus aspectos secundários, como tempo, lugar, modo e condições de cumprimento da obrigação.

Rodolfo de Camargo Mancuso defende esse pequeno espaço transacional em virtude da sua visão sobre a legitimidade do autor da ação civil pública, quem considera como titular de direito próprio e não substituto processual:

Portanto, para os que, como nós, reconhecem que nas ações de finalidade “coletiva” o autor não age como substituto processual, e sim como titular de direito próprio (= direito de cada um à probidade administrativa e à boa gestão do bem comum), a transação na ação civil

⁵⁹ VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Ação Civil Pública**. São Paulo: Atlas, 1997, p. 89.

pública não é de ser afastada ao argumento de que o interesse tutelado depassa a figura do autor: será ela possível quando, ao ver do autor (e com anuência do Ministério Público quando este não seja autor), a proposta de acordo se afigure mais consentânea com a tutela do interesse difuso, do que o seria a continuidade do processo.

(...)

Poderá o autor concordar com um prazo mais elástico para que o réu adote as providências cabíveis; poderá aceder em que a obrigação seja cumprida de outro modo, que não o indicado na petição inicial, desde que a solução alvitada pelo réu se afigure idônea; de resto, insta lembrar que mesmo nos casos em que o direito questionado é indisponível (ex: alimentos), podem as partes transacionar acerca de sua expressão pecuniária.

(...)

Essa linha evolutiva permite supor que a impossibilidade de transação, antes reconhecida como regra na ação civil pública, tende a tornar-se excepcional, ou seja, somente quando venha expressamente vedada, como se dá na ação civil pública em matéria de improbidade administrativa (Lei 8.429/92, como antes lembrado).⁶⁰

Poderá a parte que não concordou com as cláusulas estipuladas no compromisso de ajustamento de conduta propor ação judicial – mais especificamente a ação anulatória, prevista no artigo 849 do Código Civil – visando tornar sem efeito o compromisso celebrado e, conseqüentemente, as cominações estipuladas. Ainda, poderá descumprir o que fora ajustado e aguardar que o órgão legitimado proponha ação executiva para tornar efetivas as cominações impostas e as cláusulas impostas no termo de ajustamento de conduta.

Nesse caso, surge a possibilidade do uso da ação de conhecimento denominada de embargos à execução, suscitando qualquer matéria que legitime seu comportamento, porquanto a cognição do juiz nessa espécie de ação é plena. Somente nos títulos executivos judiciais haverá limitação material do objeto dos embargos, conforme dispõe o art. 741 do Código de Processo Civil. Assim, caberá ao celebrante provar que seu comportamento não está lesionando interesse difuso ou coletivo, demonstrando, ainda, que a restrição imposta no termo de compromisso de ajustamento de conduta não resguarda o interesse público e tampouco protege os interesses difusos e coletivos.

2.9 Liminares

A Lei nº 7.347/85, em seu art. 3º, prevê um tipo de ação civil pública cujo pedido contenha provimento condenatório de pagamento de indenização ou cumprimento de

⁶⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Civil Pública**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 176/180.

obrigação de fazer ou não fazer. Como ensinam os Professores Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (2006:520), "por tratar-se da lei processual ordinária, o CPC é o direito processual positivo comum, aplicando-se às lacunas existentes na LACP, naquilo em que for compatível com a LACP."⁶¹ Nestes termos, é plenamente factível uma tutela mais abrangente em razão da aplicação subsidiária do Código de Processo Civil.

No intuito de dar efetividade à liminar concedida, há a possibilidade de fixação de medidas que assegurem o resultado prático equivalente, como a determinação de multa diária por descumprimento da medida liminar, conforme o art. 461, do CPC, e art. 84, do CDC. Essa multa se assemelha ao instituto das *astreintes*⁶² originário do direito francês. O devedor da obrigação de fazer ou não fazer, em face desta multa, vê-se desestimulado em não cumprir a obrigação avençada. Isso porque, sua característica fundamental é a natureza coercitiva que se consubstancia no valor elevado a ser pago no caso de inadimplência obrigacional. A multa diária não se caracteriza como uma condenação reparatória. O juiz, quando de sua fixação deve levar em conta a necessidade de atingir um valor suficiente para motivar o devedor sem, no entanto, com este valor que poderá aumentar conforme os dias passem levá-lo à impossibilidade de cumprir com a obrigação originada do dano.

2.10 Sentença e Coisa Julgada

Dos arts. 11 e 13, da Lei nº 7.347/85, extrai-se a conclusão de que a sentença na ação civil pública terá, primordialmente, a natureza cominatória, haja vista que é tutela é voltada para a defesa de direito coletivo *strito sensu*, e não para a obtenção de condenação pecuniária, que muitas vezes é insuficiente ou incompatível ao interesse que se pretende defender.

⁶¹ NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 520.

⁶² (...) consoante depreende-se do próprio vocábulo qualificador "*astreintes*", numa acepção de pressão ou constrangimento, é proveniente da criação pretoriana francesa. Possuem a função de obrigar o devedor a prestar a obrigação pactuada sem invadir direitos essenciais. Mas também de evitar o descumprimento e a subsequente faculdade em princípio inexistente ao devedor de escolher resolvê-la através de perdas e danos, sobretudo em se tratando de obrigação personalíssima, afora questões procedimentais protelatórias vinculadas. SOUZA FILHO, Luciano Marinho de B. E. **Multas "astreintes": um instituto controverso**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4070> Acesso em 21.nov.2008.

A Lei nº 7.347/85 previu somente sentenças condenatórias e cautelares (arts. 3º, 4º, 11º e 12º), mas o Código de Processo Civil prevê a cumulação de pedidos (art. 292), sendo aplicado subsidiariamente a lei da ação civil pública (art. 19). Assim, mesmo que condenatória em sua essência, a sentença de ação civil pública pode ser declaratória, como, por exemplo, a sentença que declare nulo um ato de tombamento ou uma cláusula contratual, ou constitutiva, como com a sentença de rescisão de ajuste entre órgão estatal e empresa, por reconhecimento de dano a direitos metaindividuais.

No tocante aos efeitos da sentença transitada em julgado, tem-se as disposições do art. 103, do CDC:

Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este Código, a sentença fará coisa julgada:

I – erga omnes, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do artigo 81; (interesse difuso)

II – ultra partes, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do artigo 81; (interesse coletivo)

III – erga omnes, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do artigo 81. (interesse individual homogêneo)

§ 1º Os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe.

§ 2º Na hipótese prevista no inciso III, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual.

§ 3º Os efeitos da coisa julgada de que cuida o artigo 16, combinado com o artigo 13 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste Código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos artigos 96 a 99.
(O referido art. 96 foi vetado.)

§ 4º Aplica-se o disposto no parágrafo anterior à sentença penal condenatória.

Afirma-se que toda sentença, transitada em julgado ou não, é apta a produzir efeitos jurídicos. Coisa julgada é apenas a imutabilidade desses efeitos, ou seja, uma

qualidade que esses efeitos adquirem com o trânsito em julgado da sentença, por meio da qual se impede que as partes discutam a mesma causa novamente.

A lei mitiga a coisa julgada nas Ações Civis Públicas de acordo com o resultado do processo: a) em caso de procedência, haverá coisa julgada; b) em caso de improcedência por qualquer motivo que não seja a falta de provas, também haverá coisa julgada.⁶³

Nas palavras dos Professores Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

(...) a LACP criou a exemplo do que dispõe a LAP 18, um sistema diferenciado de limites subjetivos da coisa julgada: o da eficácia *erga omnes* do comando da sentença de mérito. (...) o efeito erga omnes da coisa julgada, decorrente de sentença proferida na ACP, inibe a repropositura da mesma ação civil pelo autor ou por qualquer outro co-legitimado ao ajuizamento das ações coletivas, deixando a salvo apenas os particulares em suas relações intersubjetivas. (...) os efeitos erga omnes da coisa julgada somente ocorrerão se considerada infundada a pretensão. Se a improcedência se der por falta ou insuficiência de provas, não se forma a autoridade da coisa julgada sobre a sentença proferida na ACP. (...) No caso de sentença de improcedência, haverá coisa julgada somente se a sentença reconhecer ser infundada a pretensão, com fundamento da prova plena dos autos. (...) a condenação genérica proferida na ação coletiva terá de ser individualizada na futura demanda individual, para a qual o interessado se servirá da coisa julgada proferida na ação coletiva.⁶⁴

O Código de Defesa do Consumidor, de aplicação subsidiária a qualquer Ação Civil Pública, disciplina a coisa julgada de acordo com a natureza do interesse objetivado, conforme o art. 103, do CDC.

Mazzilli dá alguns exemplos para melhor distinguir as sentenças dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos:

- a) Interesses difusos – Suponhamos a explosão de uma usina nuclear. A ação civil pública para defesa de interesses difusos (reparação de danos indivisíveis causados ao meio ambiente) não produzirá litispendência em relação às ações individuais dos que tenham sido atingidos diretamente pela radiação (e que busquem nas ações individuais a reparação por suas lesões diferenciadas).⁶⁵ A sentença na ação civil pública fará coisa julgada *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por falta de provas.⁶⁶ Concorrendo a existência de interesses individuais homogêneos decorrentes do acidente, a procedência da ação coletiva beneficiará vítimas ou sucessores que não tenham proposto ação individual, mas, quanto aos que tenham ação em andamento, só os beneficiará se tiverem requerido sua prévia suspensão; a improcedência não prejudicará direitos individuais diferenciados, tenham ou não sido propostas ações individuais correspondentes.⁶⁷

⁶³ Art. 16, da LACP.

⁶⁴ NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 513/514.

⁶⁵ Art. 104, do CDC.

⁶⁶ Art. 103, I, do CDC

⁶⁷ Art. 103, §§ 1º e 3º, do CDC.

- b) Interesses coletivos – Imaginemos uma ação coletiva para cassar-se um aumento indevido na prestação de consórcio – seu objeto será o ataque à ilegalidade do aumento (interesse indivisível dos consorciados, independentemente do número de cotas de cada um). A sentença fará coisa julgada *ultra partes*, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por falta de provas.⁶⁸ A propositura da ação coletiva não induzirá litispendência ou coisa julgada em relação às ações individuais de indenização (dos que efetivamente pagaram prestações e querem restituição do que foi pago).⁶⁹ Entretanto, em caso de procedência e também em caso de improcedência por fundamento outro que não a falta de provas, os efeitos *ultra partes* só ocorrerão em relação aos autores de ações individuais que tenham requerido sua suspensão.⁷⁰ A improcedência da ação coletiva não prejudicará os lesados individualmente, exceto se se habilitaram nessa ação coletiva.⁷¹
- c) Interesses individuais homogêneos – Consideremos uma ação coletiva que vise a obrigar o fabricante a substituir peça produzida com defeito em série. A ação coletiva induzirá litispendência em relação às ações individuais propostas com o mesmo fim.⁷² A sentença de procedência na ação coletiva produzirá efeitos *erga omnes*, para beneficiar todos os lesados ou seus sucessores.⁷³ A improcedência, por qualquer fundamento, não prejudicará as ações individuais⁷⁴, exceto quanto aos interessados que tiverem intervindo como assistentes litisconsorciais na ação coletiva.⁷⁵ Os autores de ações individuais que não requererem sua oportuna suspensão não serão beneficiados pela procedência⁷⁶; só o serão os lesados que não tenham ação individual em andamento ou, tendo ação, hajam requerido sua oportuna suspensão.⁷⁷ De qualquer modo, em caso de improcedência, quem não interveio como assistente litisconsorcial na ação coletiva pode propor ação de indenização a título individual.⁷⁸

2.11 Execução

Qualquer co-legitimado pode promover a execução da sentença condenatória proferida nos autos da Ação Civil Pública. O art. 15, da LACP, traz a obrigação do Ministério Público em promover a execução da sentença condenatória em Ação Civil Pública dentro do prazo de sessenta dias, caso a associação autora não a promova. Contudo, a regra não precisava trazer a desistência somente da associação, haja vista que o ônus do Ministério Público é o mesmo em caso de desistência de execução por qualquer um dos legitimados a promover a Ação Civil Pública. Não cabe ao Ministério Público, nesse

⁶⁸ Art. 103, II, do CDC

⁶⁹ Art. 104, do CDC.

⁷⁰ Art. 103, II, e Art. 104, do CDC.

⁷¹ Art. 94 e Art. 103, § 1º, do CDC.

⁷² Art. 104, do CDC.

⁷³ Art. 103, III, do CDC.

⁷⁴ Idem.

⁷⁵ Art. 103, § 2º, do CDC.

⁷⁶ Art. 104, do CDC.

⁷⁷ Art. 103, III, e Art. 104, do CDC.

⁷⁸ Art. 103, §2º, do CDC.

momento, avaliação discricionária para dizer que não identifica a hipótese que lhe torna exigível a atuação. Querendo insurgir-se contra a prestação jurisdicional transitada em julgado, deve propor ação rescisória ou *querela nullitatis*, quando for o caso.

No tocante à repartição do dano, vale ressaltar que tanto nos interesses difusos, como nos coletivos, o dano é indivisível e, conseqüentemente, o proveito obtido com eventual procedência da ação também não pode ser repartido entre os lesados, ao contrário do que ocorre quando se trata de lesão a interesses individuais homogêneos. Todavia, não se habilitando os lesados em um ano, a contar da publicação dos editais de cientificação da sentença condenatória, poderão os legitimados do art. 82, do CDC, promover a liquidação e a execução coletiva.⁷⁹ Será competente para a execução: a) o juízo da liquidação da sentença ou o da condenação, no caso de execução individual; b) o juízo da condenação, no caso de execução coletiva.⁸⁰

2.12 Sucumbência

Em Ação Civil Pública não há adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas pelos co-legitimados ativos. Quanto à associação autora, não cabe condenação em honorários advocatícios, custas e despesas processuais, salvo comprovada má-fé.

No tocante ao Ministério Público, Mazzilli afirma que, em virtude da ausência de personalidade jurídica desse legitimado, quem responde por ele é o Estado⁸¹, sendo que Mancuso também entende nesse sentido⁸².

RECURSO ESPECIAL PELAS LETRAS "A" E "C" DO PERMISSIVO CONSTITUCIONAL. MINISTÉRIO PÚBLICO. AÇÃO ORDINÁRIA COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA. INTERESSE INDIVIDUAL. SAÚDE. TOMOGRAFIA COMPUTADORIZADA. ILEGITIMIDADE. ALEGATIVA DE INFRINGÊNCIA AOS ARTIGOS 267, VI, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E 25, IV, "A", DA LEI 8.625/93.

⁷⁹ Art. 100, do CDC.

⁸⁰ Art. 98, § 2º, do CDC.

⁸¹ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 292/293.

⁸² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Civil Pública**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 253.

CONDENAÇÃO NOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO, PELA ALÍNEA "C".

(...)

A condenação do Parquet nos ônus sucumbenciais somente é possível se comprovada a litigância de má-fé deste no ajuizamento da ação, não caracterizada na hipótese em que o Ministério Público atuou como substituto processual de pessoa pobre, condição que não pode ser afastada, mesmo se reconhecida sua ilegitimidade ativa ad causam.⁸³

'MINISTÉRIO PÚBLICO. CUSTAS E HONORÁRIOS DE ADVOGADO. MOVENDO AÇÃO EM NOME DO ECONOMICAMENTE FRACO, O MINISTÉRIO PÚBLICO, SE VENCIDO NA DEMANDA, AINDA QUE RECONHECIDA A SUA ILEGITIMIDADE PARA ATUAR COMO SUBSTITUTO, NÃO RESPONDE PELAS CUSTAS NEM PELOS HONORÁRIOS DE ADVOGADO. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO ART. 81 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.⁸⁴

2.13 Fundos para Reconstituição de Bens Lesados

Na condição de ente que não dispõe de personalidade jurídica, mas apenas de capacidade processual, o Ministério Público não pode ser titular de direitos obrigacionais decorrentes de sentença. Porém, pode o Ministério Público pedir, fundado em lei, que as verbas oriundas da condenação sejam repassadas para o Fundo Estadual de Reconstituição de Bens Lesados.

Havendo condenação em dinheiro, a indenização reverterá a um fundo gerido por conselho federal ou por conselhos estaduais de que participem o Ministério Público e representantes da comunidade; seus recursos serão destinados à reconstituição dos bens lesados.⁸⁵ Integram ainda o fundo as multas judiciais, multas administrativas e outras receitas, desde que não destinadas à reparação de danos individuais.⁸⁶ Segundo a LACP, deve haver um fundo federal e um fundo em cada Estado, devendo-se tal disposição à natureza dos interesses lesados. Se a Ação Civil Pública tramitar perante vara federal e envolver interesse da União, o produto auferido irá para o fundo federal; nas demais ações, irá para o fundo estadual, sujeito à gestão local.

⁸³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp nº 740.850 — PRIMEIRA TURMA - RS. REL.: MINISTRO JOSÉ DELGADO, 21/03/2006.

⁸⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 61367/MG – Terceira Turma – Rel. Min. Nilson Naves, 23.10.1995.

⁸⁵ LACP, arts. 13 e 20; CDC, arts. 57, 99, § único, e 100, § único. A regulamentação do fundo atualmente é feita pelo Decreto nº 1.306, de 09/11/1994, e pela Lei nº 9.008, de 21/03/1995.

⁸⁶ Lei nº 9.008/95, art. 1º, § 2º; CDC, art. 57.

Os Professores Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery informam que

(...) as doações de pessoas físicas ou jurídicas, nacionais ou estrangeiras, também integram o patrimônio do fundo. (...) o Conselho que administra o FDD - Fundo Federal de Defesa dos Direitos Difusos - deve ser informado da propositura de toda ACP, de sua natureza, de depósito judicial, bem como do trânsito em julgado da sentença, quando a ACP tiver de ser julgada pela justiça federal (D 1306/94 11). Quando a ACP tiver tramitando na justiça estadual, não incide a regra do D 1306/94 11. (...) Havendo lesão irreparável ou de recomposição impossível, a destinação da indenização deverá ser realizada pela administração do fundo da melhor maneira possível, com certa maleabilidade de acordo com o caso concreto, mas de forma a não desvirtuar a finalidade do fundo.⁸⁷

O objetivo inicial do fundo era gerir recursos para reconstituição dos bens lesados. Hoje, sua destinação foi ampliada, podendo ser usado para recuperação de bens, promoção de eventos educativos e científicos, edição de material informativo, relacionado com a lesão, bem como modernização administrativa de órgãos públicos responsáveis pela execução da política relacionada com a defesa do interesse envolvido.⁸⁸ Nesse norte:

Há bens lesados que são irrecuperáveis, impossíveis de serem reconstituídos: uma obra de arte totalmente destruída; uma maravilha da natureza, como Sete Quedas ou Guairá, para sempre perdida; os últimos espécimes de uma raça animal em extinção. (...) Ao criar-se um fundo fluido, enfrentou-se o problema de maneira razoável. Mesmo nas hipóteses acima exemplificadas, sobrevivendo condenação, o dinheiro obtido será usado em finalidade compatível com sua causa. Assim, no primeiro exemplo, poderá ser utilizado para reconstituição, manutenção ou conservação de outras obras de arte, ou para conservação de museus ou lugares onde elas se encontrem. No segundo exemplo, pode ser cogitada a preservação de outros locais dotados pela natureza. Na última hipótese, poderemos criar condições que favoreçam a procriação ou o habitat de espécies em extinção. Enfim, a aplicação do produto do fundo depende de discernimento e imaginação.⁸⁹

A exemplo disso tem-se a iniciativa do Ministério Público de Santa Catarina que, em parceria com a Associação Catarinense de Medicina – ACM -, através de Termo de Cooperação, criou a Câmara Técnica de Medicamentos - CATEME⁹⁰. O CATEME foi constituído para dirimir questionamentos sobre a eficácia terapêutica, a adequação e até mesmo a ocorrência de fraudes na obtenção desses remédios, realizando a avaliação técnica dos exames e laudos médicos dos pacientes que procuram as Promotorias de Justiça em

⁸⁷ NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 510/511.

⁸⁸ Lei nº 9.008/95, art. 1º, § 3º.

⁸⁹ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 272.

busca de auxílio para ter acesso ao tratamento, quando há negativa pelo poder público. Os pareceres elaborados pela Câmara Técnica de Medicamentos serão custeados pelo Fundo para a Reconstituição de Bens Lesados - FRBL.

Todavia, antes de dispor do produto do fundo, é preciso considerar a origem da condenação e a natureza do interesse lesado, distinguindo-se: a) na lesão a interesses difusos, os lesados são indeterminados e indetermináveis; b) na lesão a interesses coletivos e individuais homogêneos, os lesados são determináveis e identificáveis, mas somente neste último caso (interesses individuais homogêneos) é que os danos são divisíveis; c) na lesão ao patrimônio público, a parte lesada é a Fazenda Pública Federal, Estadual ou Municipal.⁹¹

Enquanto nas hipóteses “a” e “c”, acima elencadas, não há que se falar em reparações individuais, na hipótese “b”, naquilo que as lesões tenham de homogêneo, a reparação individual será perfeitamente possível. Segundo o Código de Defesa do Consumidor, aplicado subsidiariamente à LACP:

Art. 99 - Em caso de concurso de créditos decorrentes da condenação prevista na Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e de indenizações pelos prejuízos individuais resultantes do mesmo evento danoso, estas terão preferência no pagamento. No mesmo sentido o art. 8º, do Decreto nº 1.306/94.

Convocados por edital, os lesados individuais se habilitarão em juízo para o recebimento do que lhes cabe. Havendo decadência do direito à habilitação, não comparecendo interessados individuais, ou não ocorrendo em quantidade suficiente para comprometer todo o valor da condenação fixada na ação, a quantia correspondente ou restante vai para o fundo. Segundo o Código de Defesa do Consumidor:

Art. 100 - Decorrido o prazo de um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados do artigo 82 promover a liquidação e execução da indenização devida.

Vale lembrar que danos individualmente diferenciados não podem ser indenizados com o produto do fundo. Eventuais danos indiretos de cada lesado têm que ser discutidos em

⁹⁰ Disponível em: E:\monografia 2\arrumações\Ministério Público de Santa Catarina
www_mp_sc_gov_br.mht Acesso em 03.dez.08.

ações individuais “como os lucros cessantes e os danos emergente, que serão diferenciados para cada consumidor”⁹².

O Decreto nº 1.306/94 regulamenta, no âmbito federal, o “Fundo de Defesa dos Direitos Difusos”. Ao Conselho que rege esse Fundo afluem os produtos das arrecadações vindas, dentre outras origens (art. 2º), das condenações tratadas nos arts. 11 e 13, da Lei nº 7.347/85; das multas e indenizações decorrentes da Lei nº 7.853/89 (deficientes físicos); dos valores defluentes da aplicação dos arts. 57 e parágrafo único e 100, parágrafo único, do CDC; das condenações decorrentes da Lei nº 7.913/89 (danos a investidores no mercado de valores imobiliários); das multas aplicadas com base na Lei nº 8.884/94 (“antitruste”). E o parágrafo do art. 7º desse Decreto dispõe: “Os recursos serão prioritariamente aplicados na reparação específica do dano causado, sempre que tal fato for possível”. A Lei Federal nº 9.008/95 criou, no âmbito do Ministério da Justiça, o Conselho Federal Gestor do Fundo de Defesa de Direitos Difusos⁹³.

Na esfera paulistana, a Lei nº 6.536/89 autorizou o Poder Executivo a criar o Fundo Estadual de Despesa de Reparação de Interesses Difusos Lesados, no âmbito do Ministério Público Local. Em Santa Catarina, dispõe a propósito, o Decreto Estadual nº 2.666/2004. O art. 4º deste decreto prevê como receita do Fundo de Reconstituição de Bens Lesados os honorários advocatícios decorrentes de ações civis públicas interpostas e vencidas pelo Ministério Público, exceto aquelas de responsabilidade do Estado de Santa Catarina.

2.14 Prescrição e Decadência

Celso Antônio Bandeira de Mello cita Câmara Leal ao definir a prescrição, instituto concebido em favor da estabilidade e segurança jurídica (objetivo, este, também compartilhado pela decadência), como sendo “a perda da ação judicial, vale dizer, do meio

⁹¹ Lei nº 8.429/92, art. 18: “A sentença que julgar procedente ação civil de reparação de dano ou decretar a perda dos bens havidos ilicitamente determinará o pagamento ou reversão dos bens, conforme o caso, em favor da pessoa jurídica prejudicada pelo ilícito.”

⁹² MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 275

⁹³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Civil Pública**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 214.

de defesa de uma pretensão jurídica, pela exaustão do prazo legalmente previsto para utilizá-la. (...) Tal situação é diversa da que ocorre na decadência, pois esta é a perda do próprio direito, em si mesmo, por não utilizá-lo no prazo previsto para seu exercício, evento, este, que sucede a única forma de expressão do direito coincide conaturalmente com o direito de ação (2003:898/899)”.

A LACP não dispõe sobre a natureza da responsabilidade civil nem sobre prazos de prescrição ou decadência, e nem poderia fazê-lo, por conta da especificidade de cada matéria. Por isso, cuidando-se da defesa de interesses metaindividuais, o tratamento da decadência e da prescrição é dado pelo direito material ou processual.

Em matéria ambiental, no que tange ao dano irreversível, ao fato consumado em si, a consciência jurídica indica a inexistência de direito adquirido de degradar a natureza. Conforme Mazzilli, “não se pode formar direito adquirido de poluir, já que é o meio ambiente patrimônio não só das gerações atuais como futuras.”⁹⁴ Nesse sentido, não há prazo prescricional, não pela falta de estipulação, mas pela imprecisão do começo do ato lesivo ou de suas conseqüências.

No sistema do Código de Defesa do Consumidor, caduca o direito de reclamar pelos vícios aparentes ou de fácil constatação: a) em 30 dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produto não duráveis; b) em 90 dias, se tratar de fornecimento de serviço e de produto duráveis. Tratando-se de vício oculto, o prazo inicia-se quando ficar evidenciado o defeito. Obsta à decadência a reclamação formulada pelo consumidor perante o fornecedor de produtos e serviços ou a instauração de inquérito civil, até a solução de ambos.⁹⁵

A Lei nº 8.429/92, que trata do combate à improbidade administrativa, estabelece como prazo prescricional 5 (cinco) anos, em seu art. 23, I.

Já nas lesões a interesses difusos sem sistema jurídico próprio a dispor sobre prescrição e decadência, como ocorre na defesa do direito da saúde, por exemplo, aplicam-se as regras jurídicas comuns.

Dessa forma, expõe a Lei nº 9.494/97, que disciplina a aplicação de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, que prescreve em cinco anos o direito de obter

⁹⁴ Idem, p. 307.

⁹⁵ Art. 26, do CDC.

indenização dos danos causados por agentes de pessoas jurídicas de direito público e de pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos.

Ainda, o art 1º, do Decreto nº 20.910/32, traz a seguinte redação:

Art. 1º - As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Federal Estadual ou Municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em 5 (cinco) anos, contados da data do ato ou fato do qual se originarem.

Todavia, o direito de regresso do Estado perante o servidor público é imprescritível à luz do art. 37, § 5º, da Constituição Federal: “a lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”.

Na lição de Diógenes Gasparini:

Por esse dispositivo os ilícitos administrativos prescrevem nos prazos estabelecidos em lei, mas não prescreve o direito da Administração Pública direta, autárquica e fundacional pública ao ressarcimento do dano que seu agente, com dolo ou culpa, causou a terceiro, e a obrigou, nos termos do art. 37, § 6º, da Lei Maior, a ressarcir-lo.⁹⁶

O Estado não pode isentar de responsabilidade seus servidores, porque não possui disponibilidade sobre o patrimônio público, devendo zelar pela sua integralidade.

⁹⁶ GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 183

3. DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

O conceito referência de saúde foi montado na década de 1940, com a Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS), órgão da Organização das Nações Unidas (ONU), no qual restou consignado: “Saúde é o completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doenças ou outros agravos”⁹⁷.

Todavia, segundo Schwartz, “a saúde é um sistema dentro de um sistema maior, a vida, e com tal interage. Portanto, por constituir um pressuposto para a qualidade de vida e dignidade humana de todos os cidadãos, não pode ser considerada como algo estático e singelo (2001: 37)”. Dessa forma, o direito à saúde revela um direito fundamental de cunho prestacional e social, que exige a atuação positiva do Estado para sua garantia e eficácia.

Assevera Canotilho que “o caráter de fundamentalidade dos direitos relaciona-se com a forma como se dá a sua proteção, podendo ser expressa num sentido formal e material (2002: 376)”, para esse constitucionalista, a fundamentalidade formal associa-se a quatro dimensões relevantes:

(1) as normas consagradoras de direitos fundamentais, enquanto normas fundamentais, são normas colocadas no grau superior da ordem jurídica; (2) como normas constitucionais encontram-se submetidas aos procedimentos agravados de revisão; (3) como normas incorporadoras de direitos fundamentais passam, muitas vezes, a constituir limites materiais da própria revisão (...); (4) como normas dotadas de vinculatividade imediata dos poderes públicos constituem parâmetros materiais de escolhas, decisões, ações e controle, dos órgãos legislativos, administrativos e jurisdicionais (...).⁹⁸

No que diz respeito à característica da vinculatividade imediata, assegura Sarlet que, nos termos do art. 5º, § 1º, da CF, as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais são diretamente aplicáveis, obrigando diretamente as entidades estatais e os particulares.⁹⁹

Para Sarlet, a fundamentalidade em sentido material do direito à saúde “encontra-se ligada à relevância do bem jurídico tutelado pela ordem constitucional (2002:45)”, eis que

⁹⁷ Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/seb/arquivos/pdf/livro092.pdf> Acesso em 21.nov.2008.

⁹⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 377.

⁹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Contornos do direito fundamental à saúde na Constituição de 1988**. Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, v. 56, p. 45, dez. 2002.

além de estar vinculada à própria sobrevivência da pessoa, encontra-se igualmente conectada com a dignidade, “no sentido de que apenas uma vida saudável será uma vida compatível com as exigências da dignidade da pessoa humana (2002:45)”.

Embora Sarlet advirta que “a tentativa de classificação sistemática dos direitos fundamentais, calcada em critérios objetivos e funcionais, revele-se extremamente problemática e complexa, principalmente em razão de sua diversidade de funções, de sua distinta e complexa estrutura normativa, bem como das especificidades de cada ordem constitucional (1998: 158)”. Todavia, faz-se necessário apresentar uma classificação desses direitos, observando-se que o ponto em comum nas doutrinas se encontra na sua divisão em dois grandes grupos: os direitos de defesa e os direitos de prestação.

Os direitos de defesa, consoante Canotilho, “constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os Poderes Público, proibindo as ingerências destes na esfera jurídica individual e, num plano jurídico-subjetivo, implicam o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (2002:405)”. Já os direitos de prestação, segundo Canotilho, significam, “em sentido estrito, o direito do particular a obter algo por meio do Estado (saúde, educação, segurança social) e se subdividem em originários e derivados (2002:406)”. Desse modo, Canotilho afirma que os direitos originários a prestação se verificam: “(1) a partir da garantia constitucional de certos direitos; (2) se reconhece, simultaneamente, o dever do Estado na criação dos pressupostos materiais, indispensáveis ao exercício *efectivo* desses direitos; (3) e a faculdade de o cidadão exigir, de forma imediata, as prestações constitutivas desses direitos (2002:473)”.

Sarlet afirma que esses direitos “podem ser definidos como os direitos dos cidadãos ao fornecimento de prestações estatais, independentemente da existência de um sistema prévio de oferta desses bens e/ou serviços por parte do Estado (1998, p. 189),”

Os direitos a prestações derivadas, segundo Canotilho, revelam-se “como direito dos cidadãos a uma participação igual nas prestações estaduais concretizadas pela lei segundo a medida das capacidades existentes (2002:475)”. Podem ser traduzidos também, conforme Sarlet, como “posições jurídico-subjetivas deduzidas não diretamente das normas

constitucionais definidoras de direitos fundamentais a prestações, mas, sim, da concretização destas pelo legislador ordinário (1998:189)”.

Cabe ressaltar que o direito à saúde pode assumir os dois aspectos, direito de defesa e direito de prestação:

O direito à saúde pode ser considerado simultaneamente como um direito de defesa (negativo), no sentido de impedir ingerências por parte do Estado e terceiros na saúde dos indivíduos, e também um direito a prestações (positivo), implicando a realização, por parte do Estado (e sociedade), de políticas públicas que busquem a efetivação desse direito para a população, de modo a tornar o particular credor de prestações materiais na esfera da saúde.

¹⁰⁰

Mesmo assim, o presente estudo enfatizará o aspecto prestacional da saúde, a ser concretizado com a diligência inerente às atividades do Ministério Público.

3.1 Direito à Saúde na Legislação Brasileira

Com a promulgação da Carta Republicana de 1988, as ações e serviços de saúde passaram a integrar um sistema único, integrado e regionalizado, com base em diretrizes que compreendem desde a descentralização e o atendimento integral. O direito à saúde passou a:

(...) integrar o rol dos direitos fundamentais sociais, apresentando-se como um direito prestacional, haja vista que objetiva não somente uma liberdade por intermédio do Estado, mas, também, uma postura ativa do Poder Público, no sentido de obrigá-lo a colocar à disposição dos indivíduos prestações de natureza jurídica e material.¹⁰¹

Nesse sentido, dispõe o art. 6º, inserido no Capítulo II – Dos Direitos Sociais, da Constituição Federal:

Art. 6º - São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

¹⁰⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 51/52.

Dispôs, assim, o artigo 196 da Carta Magna, reproduzido na sua íntegra pelo art. 153 da Constituição do Estado de Santa Catarina:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

De acordo com a doutrina de Torres, faz-se importante “diferenciar os mencionados dispositivos da Constituição Federal, haja vista que enquanto o art. 6º trata da saúde curativa, o art. 196 versa sobre matéria preventiva (2001:287)”. Nesse sentido, haure-se entendimento da Corte Catarinense:

(...) urge definir em que hipótese se enquadra a vertente, isto é, se a situação do indigitado seria de utilização de medicamento preventivo, ou seja, para mantê-lo hígido, impedindo o agravamento de sua saúde, ou se o seu estado clínico estaria a merecer tratamento curativo. Data vênia, não se trata de discussão acadêmica, mas de adequação jurídica, porque 2 (dois) dispositivos da Carta Magna tratam dessa relevante questão.¹⁰²

Consigne-se que enquanto a Constituição anterior enunciava a saúde como direito do cidadão, reduzindo-a ao conceito de assistência sanitária, hospitalar e médica preventiva (art. 165, XV da CF de 67/69), servindo exclusivamente como uma contraprestação devida pelo Estado aos trabalhadores que contribuíam para o sistema de previdência social, a Constituição em vigor logrou mudar substancialmente esse conceito. Saúde não mais significa assistência médico-hospitalar, curativa ou preventiva, mas o resultado de políticas públicas do Governo. Deixou de ser considerada uma contraprestação para ser enquadrada constitucionalmente como um direito público subjetivo da pessoa humana, e, mais importante, já não é mais preciso ser contribuinte do sistema de seguridade social para se ter acesso garantido a ele.

Nesse contexto, o tratamento legislativo à saúde colocou-a em posição de destaque, figurando como a única atividade pública, socialmente útil, caracterizada constitucionalmente como de *relevância pública* (art. 197 da Constituição). Para regulá-la, o

¹⁰¹ Idem, p. 185/186.

¹⁰² SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 2005.024216-0/Criciúma. Relator: Desembargador Francisco Oliveira Filho. Florianópolis, 27/09/2005.

legislador ordinário fez promulgar a Lei Federal nº 8.080, em 19 de setembro de 1990, conhecida como Lei Orgânica do Sistema Único de Saúde, que veio disciplinar e normatizar, em todo o território nacional, as ações e serviços de saúde, executados isolada ou conjuntamente, em caráter permanente ou eventual, por pessoas naturais ou jurídicas de direito público ou privado.

A Lei Fundamental Reguladora (LOS) estabelece, em seu art. 43, a gratuidade das ações e serviços de saúde (serviços públicos e serviços privados contratados ou conveniados). Veja-se:

Art. 43 - A gratuidade das ações e serviços de saúde fica preservada nos serviços públicos e privados contratados, ressalvando-se as cláusulas dos contratos ou convênios estabelecidos com as entidades privadas.

Ressalte-se, por consequência, que o direito à saúde é assegurado pelos princípios da universalidade e da igualdade de acesso às ações e aos serviços, sendo dever do Estado proporcionar e enfatizar a garantia desse direito a todos os cidadãos, haja vista que previsto constitucionalmente como um direito social. A norma constitucional, portanto, permite tratamento igualitário a todos quantos recorrem ao SUS como alternativa para minimizar seu sofrimento, e dele dependem como medida única para assegurar, em circunstâncias mais amargas, a própria sobrevivência. Daí a universalidade e gratuidade das ações e serviços de saúde, vez que sem isso não haverá como se garantir meios para consecução do mais relevante dos direitos sociais postos na Carta Republicana de 1988.

Anota-se, ademais, que a Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8.080/90), não fez outra coisa senão regulamentar o comando constitucional a respeito da atuação do Poder Público nos serviços de saúde, estabelecendo dentre seus dispositivos:

Art. 6º. Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde - SUS:

I - a execução das ações:

...

d) de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica.

Bem por aí que a posição do Tribunal Pátrio, que se orienta no sentido que é dever do Estado fornecer medicamentos, especialmente para aqueles casos em que o quadro do paciente é grave. Cita-se:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. OBJETIVO: RECONHECIMENTO DO DIREITO DE OBTENÇÃO DE MEDICAMENTOS INDISPENSÁVEIS AO TRATAMENTO DE RETARDO MENTAL, HEMIATROPIA, EPILEPSIA, TRICOTILOMANIA E TRANSTORNO ORGÂNICO DA PERSONALIDADE. DENEGAÇÃO DA ORDEM. RECURSO ORDINÁRIO. DIREITO À SAÚDE ASSEGURADO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL (ART. 6º E 196 DA CF). PROVIMENTO DO RECURSO E CONCESSÃO DA SEGURANÇA.

I – É direito de todos e dever do Estado assegurar aos cidadãos a saúde, adotando políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e permitindo o acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (arts. 6º e 196 da CF).

II – Em obediência a tais princípios constitucionais, cumpre ao Estado, através do seu órgão competente, fornecer medicamentos indispensáveis ao tratamento de pessoa portadora de retardo mental, hemiatrofia, epilepsia, tricotilomania e transtorno orgânico da personalidade.¹⁰³

3.2 Teses Defendidas pelos Entes Federados

Os entes federados – Municípios, Estados e União -, quando figurantes do pólo passivo nas ações civis públicas para a prestação de serviço de saúde, levantam das mais variadas teses para explicar as deficiências constatadas na prestação de serviços de saúde. Assim, importantíssimo é que se explane sobre cada uma delas, verificando se ao réu cabe ou não razão.

3.2.1 Ilegitimidade do Ministério Público para a Defesa de Direito Individual

A Constituição de 1988 alterou sensivelmente o quadro normativo do Ministério Público. Anteriormente, ao Parquet cabia a atividade ministerial típica (defesa de interesses difusos, coletivos, individuais homogêneos indisponíveis). Após 1988, deu-se uma separação material dessas funções. Ao Ministério Público coube a "defesa da ordem

¹⁰³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. ROMS nº 13452/MG, rel. Min. Garcia Vieira, 7/10/2002.

jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis" (art.127, caput, CF de1988).

Todavia, mesmo nas hipóteses em que a lei lhe outorga legitimidade de defender direito individual, deve estar provado que essa legitimação extraordinária visa defender interesse público. A matéria submetida ao Judiciário diz respeito ao grau de extensão do conceito de interesse individual indisponível para fins de se enquadrar a legitimidade extraordinária do Ministério Público. Em alguns julgados, relativos ao fornecimento de remédios de ministração compulsória e permanente, encontra-se o reconhecimento da legitimidade do Parquet em certas situações concretas. A evolução das posições do STJ, especialmente na Primeira Seção, é perceptível:

Constitui função institucional e nobre do Ministério Público buscar a entrega da prestação jurisdicional para obrigar o Estado a fornecer medicamento essencial à saúde de pessoa carente, especialmente quando sofre de doença grave que se não for tratada poderá causar, prematuramente, a sua morte.¹⁰⁴

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA DEFENDER DIREITO INDIVIDUAL INDISPONÍVEL DE MENOR – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO – LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

1. Jurisprudência pacífica do STJ no sentido de que o Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa de interesse individual de menor.
2. Embargos de divergência improvidos¹⁰⁵.

RECURSO ESPECIAL – ALÍNEAS "A" E "C" – AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA – RECURSO CONHECIDO APENAS PELA ALÍNEA "A" – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – TRATAMENTO DE SAÚDE – DIREITO INDIVIDUAL INDISPONÍVEL – LEGITIMAÇÃO EXTRAORDINÁRIA DO PARQUET.

1. O recurso não deve ser conhecido pela alínea "c", porquanto, na hipótese em questão, trouxe o recorrente como paradigmas julgados desta Corte que não possuem similitude fática com o caso dos autos.
2. O Ministério Público tem legitimidade para defesa dos direitos individuais indisponíveis, mesmo quando a ação vise tutelar pessoa individualmente considerada. (art. 127 da Constituição Federal/88).
3. Busca-se, com efeito, tutelar os direitos à vida e à saúde de que tratam os arts. 5º, caput; e 196 da Constituição em favor de pessoa carente de medicamento para tratamento de câncer. A legitimidade ativa afirma-se, não por se tratar de tutela de direitos individuais homogêneos, mas por se tratar de interesses individuais indisponíveis.

¹⁰⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 904.443/RS, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, julgado em 13/02/2007, 26/02/2007.

¹⁰⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp nº 712395/RS. Rel. Min. Eliana Calmon. Primeira Seção. 28.03.2007.

Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, improvido.¹⁰⁶

PROCESSO CIVIL. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA AJUIZAR AÇÃO CIVIL PÚBLICA VISANDO AO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO ESSENCIAL À SAÚDE DE PESSOA INDIVIDUALIZADA. DIREITO INDISPONÍVEL. ENTENDIMENTO ASSENTADO NA PRIMEIRA TURMA.

I - É entendimento assente nesta Eg. Primeira Turma o de que é legítimo o membro do Ministério Público para ajuizar ação civil pública em defesa dos direitos individuais indisponíveis, mesmo quando a ação vise à tutela de pessoa individualmente considerada.

II - Precedentes: REsp nº 822.712/RS, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 17/04/06; REsp nº 819.010/SP, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJ de 02/05/06.

III - Agravo regimental improvido¹⁰⁷.

Alguns levantam discussão sobre a existência de conflito entre as atribuições do Ministério Público com as atribuições da Defensoria Pública e da Advocacia-Geral. Em julgamento, o STF analisou a situação do Estado de São Paulo, onde, até 2006, não havia Defensoria Pública organizada, mas, apenas um órgão da Procuradoria-Geral do Estado que lhe fazia as vezes. O Ministro Gilmar Mendes, a propósito, reconheceu a legitimidade excepcional do Ministério Público:

Esta Corte firmou entendimento segundo o qual o Ministério Público do Estado de São Paulo tem legitimidade para ajuizar ação em favor dos hipossuficientes até que a Defensoria Pública estadual tenha plena condição de exercer seu múnus.¹⁰⁸

Nesse sentido se manifestou o Ministro Sepúlveda Pertence:

LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA AÇÕES CÍVEIS EM FAVOR DE HIPOSSUFICIENTES: ESPÉCIE DE ATIVIDADE TÍPICA DA DEFENSORIA PÚBLICA. POSSIBILIDADE EXCEPCIONAL: 'PROCESSO DE INCONSTITUCIONALIZAÇÃO'. MINISTÉRIO PÚBLICO: LEGITIMAÇÃO PARA PROMOÇÃO, NO JUÍZO CÍVEL, DO RESSARCIMENTO DO DANO RESULTANTE DE CRIME, POBRE O TITULAR DO DIREITO À REPARAÇÃO: CPP, ART. 68, AINDA CONSTITUCIONAL (CF. RE 135.328); PROCESSO DE INCONSTITUCIONALIZAÇÃO DAS LEIS.

A alternativa radical da jurisdição constitucional ortodoxa entre a constitucionalidade plena e a declaração de inconstitucionalidade ou revogação por inconstitucionalidade da lei com fulminante eficácia ex tunc faz abstração da evidência de que a implementação de uma nova ordem constitucional não é um fato instantâneo, mas um processo, no qual a possibilidade de realização da norma da Constituição – ainda quando teoricamente não se cuide de preceito de eficácia limitada – subordina-se muitas vezes a alterações da realidade fática que a

¹⁰⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 913356/RS. Rel. Min. Humberto Martins. Segunda Turma. 03/05/2007.

¹⁰⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Resp nº 874331/SP. Rel. Min. Francisco Falcão. Primeira Turma. 27/02/2007.

¹⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 432.423, Rel. Min. Gilmar Mendes, 07/10/05.

viabilizem. No contexto da Constituição de 1988, a atribuição anteriormente dada ao Ministério Público pelo art. 68 CPP – constituindo modalidade de assistência judiciária – deve reputar-se transferida para a Defensoria Pública: essa, porém, para esse fim, só se pode considerar existente, onde e quando organizada, de direito e de fato, nos moldes do art. 134 da própria Constituição e da lei complementar por ela ordenada: até que – na União ou em cada Estado considerado –, se implemente essa condição de viabilização da cogitada transferência constitucional de atribuições, o art. 68 CPP será considerado ainda vigente: é o caso do Estado de São Paulo, como decidiu o plenário no RE 135.328.¹⁰⁹

A Constituição do Estado de Santa Catarina trata da Defensoria Pública nos seguintes termos:

Art. 104. A Defensoria Pública será exercida pela Defensoria Dativa e Assistência Judiciária Gratuita, nos termos de lei complementar.

Dando cumprimento a esse artigo, foi promulgada a Lei Complementar nº 155, de 15 de abril de 1997:

Art. 1º Fica instituída, pela presente Lei Complementar, na forma do art. 104 da Constituição do Estado de Santa Catarina, a Defensoria Pública, que será exercida pela Defensoria Dativa e Assistência Judiciária Gratuita, organizada pela Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de Santa Catarina – OAB/SC.

Assim, Santa Catarina é o único estado brasileiro que não criou, ainda, sua Defensoria Pública Estadual, sendo que suas atribuições são exercidas por advogados dativos nomeados pelo Judiciário, conforme lista fornecida pela Ordem dos Advogados do Brasil Seccional de Santa Catarina.

Por esgotar a matéria, pede-se vênica para transcrever as sábias palavras de José Afonso Da Silva:

Defensorias Públicas estaduais. Os Estados não têm a faculdade de escolher se instituem e mantêm, ou não, a Defensoria Pública. Trata-se de instituição já estabelecida para eles na Constituição Federal, sujeita até mesmo a normas gerais a serem prescritas em lei complementar federal para a sua organização em cada Estado, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes, como vimos, a garantia de inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais.

Não satisfaz aos ditames do art. 134 a simples criação ou manutenção de procuradoria de assistência judiciária, subordinada à Procuradoria-Geral ou à Advocacia-Geral. A Constituição considera a Defensoria Pública uma *instituição essencial à função jurisdicional*, destinada à orientação jurídica e à defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5.º, LXXIV. Se é uma *instituição* e ainda sujeita a *normas gerais* de lei complementar federal, a toda evidência não pode ser órgão subordinado ou parte de outra instituição, que não ao próprio Estado, por meio de uma Secretaria, que deverá ser a

¹⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 147.776, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 19/06/98.

Secretaria da Justiça, até porque a distribuição de seus membros – os Defensores Públicos – deve ser feita diferente da dos Procuradores do Estado.¹¹⁰

O art. 104 da Constituição catarinense e a Lei Complementar nº 105 representam clara ofensa direta ao texto da Constituição Federal que trata da Defensoria Pública (art. 134). Assim, seria aplicável o mesmo raciocínio para o Estado de Santa Catarina, pois, não obstante a defesa dos direitos individuais sem caráter coletivo seja atribuição da Defensoria Pública, e não do Ministério Público, certo é que aquela não está implantada de forma a poder atender a população de forma generalizada.

Alguns doutrinadores defendem essa corrente, como HUGO NIGRO MAZZILLI, para quem, ao destacar o caráter residual da aplicabilidade do art. 68 do CPP - que versa hipótese de legitimação ativa do Ministério Público, em sede de ação civil - assinala, em observação compatível com a natureza ainda constitucional da mencionada regra processual penal, que "essa atuação do Ministério Público, hoje, só se admite em caráter subsidiário, até que se viabilize, em cada Estado, a implementação da defensoria pública, nos termos do art. 134, parágrafo único, da CR (...) (2002:72)".

Da teoria da inconstitucionalidade progressiva se extrai o entendimento de que uma norma, embora incompatível com a Lei Maior, pode ser considerada constitucional enquanto não sobrevierem circunstâncias que concretizem seu caráter inconstitucional. A exemplo, tem-se o artigo 68, do CPP, considerado constitucional em todos os seus efeitos, até que cada Estado da federação brasileira crie a instituição da Defensoria Pública, passando para ela a defesa das pessoas consideradas hipossuficientes. Desse modo, nos estados onde já existe Defensoria Pública sólida e bem organizada, o mencionado artigo não possuiria eficácia, sendo neles parte legítima para a propositura de ação de execução civil da sentença penal condenatória a Defensoria Pública, e não mais o Ministério Público.

Contudo, a crítica mais ferrenha acerca da aplicabilidade, em alguns estados, do art. 68, do CPP, sustenta que a manutenção de tal dispositivo estaria afrontando a supremacia da Constituição Federal diante de todas as outras leis. Se a Constituição de 1988 é considerada a mais alta na hierarquia entre as leis, não seria congruente permitir que um dispositivo infraconstitucional afrontasse o que ela determinou, em flagrante ameaça à supremacia.

¹¹⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 617.

Argumenta-se, também, que um dispositivo não poderia possuir o caráter de, ora ser constitucional, e ora inconstitucional. A lei é ou não é constitucional, não existindo essa situação de transição.

Ainda, a manutenção da atribuição do Ministério Público da defesa de direito individual indisponível evita possível fomento à desídia dos Estados que, muitas vezes, prorrogam suas responsabilidades e não têm suas omissões devidamente punidas ou rechaçadas, desprestigiando a hegemonia da Constituição Federal e deixando sensação de insegurança na eficácia das leis.

Pontua-se uma verdadeira legitimação concorrente entre as Defensorias Públicas e os Ministérios Públicos estaduais, com o objetivo de maior efetivação dos direitos indisponíveis. Como demonstração disso, basta observar que na ação civil pública há legitimidade concorrente e indiscriminadamente dos dois órgãos, conforme o art. 5º da Lei nº 7.347/1985¹¹¹.

O que se pode discutir nesse momento é somente a ausência de instrumento processual próprio para a atuação do Ministério Público na defesa de direito individual indisponível. Todavia, a previsão constitucional referente à atuação do Ministério Público ultrapassa a instrumentalidade do direito processual, estando em vigor, com o escopo da incansável defesa do direito à saúde e, por consequência, do direito à vida. Esse objetivo, sem qualquer óbice ou limitação, está no cerne dos demais direitos e garantias fundamentais, porquanto a proteção conferida pelo Estado à integridade física e moral de seus cidadãos, ainda que concretizada em um caso individual e específico, apresenta reflexo em toda a coletividade. A inviolabilidade da vida não se trata de um direito meramente individual, mas de exigência para que o Estado cumpra uma de suas funções constitucionais, qual seja, a dignidade da pessoa humana, devendo o Ente Público trabalhar permanentemente para a consecução deste fim.

Segundo Edis Milaré:

A pretensão do apelado, mesmo se restringindo a uma única pessoa, assume outra proporção face a extrema relevância do direito pleiteado. A prerrogativa de todos ao exercício integral

¹¹¹ A Lei n. 11.448/2007 alterou o art. 5º da Lei n. 7.347/85 aumentando o rol dos legitimados, isto é, passando a Defensoria Pública a ter legitimidade concorrente para propor tal ação.

do direito à vida é garantia constitucional e essencial ao Estado Democrático de Direito. Portanto, na defesa de direitos individuais, ainda que homogêneos, tem o Ministério Público legitimidade ativa, quando se tratar de direitos, de tal ordem, de tal relevância, que integrem o patrimônio social.¹¹²

Retira-se da doutrina de José Luiz Quadros de Magalhães:

O mesmo raciocínio desenvolvido pode ser utilizado com relação ao direito à vida, como um direito individual que, para se concretizar, depende dos direitos sociais à saúde, ao lazer, ao trabalho, amparados por uma política econômica que possibilite trabalho remunerado de forma justa, saúde gratuita e lazer a todos. Acreditamos, no entanto, que o direito à vida vai além da simples existência física. Acreditamos que no direito à vida se expressa a síntese dos grupos de direitos que formam os Direitos Humanos. Todos os direitos existem em função deste, sendo que o exercício dos direitos Individuais, o oferecimento dos direitos sociais, a política econômica e os institutos de Direito Econômico, e a própria democracia, existem no sentido de oferecimento de dignidade à vida da pessoa humana. O direito à vida que se busca através dos Direitos Humanos é a vida com dignidade, e não apenas sobrevivência. Por esse motivo, o direito à vida se projeta de um plano individual para ganhar a dimensão maior de direito síntese dos grupos de direitos individuais, sociais, econômicos e Políticos, sendo, portanto, a própria razão de ser dos Direitos Humanos.¹¹³

Acerca do tema, leciona Rodolfo de Camargo Mancuso:

Creemos que o ponto de equilíbrio nessa controvérsia depende de que seja devidamente valorizado o disposto no caput do art. 127 da CF, onde se diz que ao Parquet compete a defesa dos 'interesses sociais e individuais indisponíveis'. Ou seja, quando for individual o interesse, ele há de vir qualificado pela nota da indisponibilidade, vale dizer, da prevalência do caráter de ordem pública em face do bem de vida direto e imediato perseguido pelo interessado.¹¹⁴

Nesse sentido:

CONSTITUCIONAL - PROCESSUAL - SAÚDE - FORNECIMENTO DE REMÉDIOS - LEGITIMIDADE ATIVA E PASSIVA - AÇÃO AJUIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO - DIREITO INDIVIDUAL

1. Cumpre ao Estado fornecer os medicamentos receitados a portador de pneumonia intersticial usual, se comprovadamente eficazes ao tratamento da moléstia (CRFB, art. 196; Lei 8.080/90).
2. O Ministério Público tem legitimidade ativa para desencadear ação civil pública com a finalidade de resguardar direito à vida e à saúde, mesmo que afeto a uma ou mais pessoas identificadas. Pleito dessa magnitude tem inegável reflexo social e deve se sobrepor às

¹¹² MILARÉ, Édis. **Ação Civil Pública**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 533.

¹¹³ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Livraria Mandamentos, 2000, p. 189.

¹¹⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Civil Pública: em Defesa do Meio Ambiente, do Patrimônio Cultural e dos Consumidores**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 41-42, 118.

questões meramente processuais. (AC n.º 2003.018892-4, Des. Luiz César Medeiros). Vencido o relator.¹¹⁵

Portanto, presente a necessidade de proteção ao direito à vida, que, indiscutivelmente, deve ser considerada como direito individual indisponível, é lícito afirmar que o Ministério Público é legitimado a defender o referido direito, ainda que em favor de pessoa determinada e de direito individual.

3.2.2 Chamamento ao Processo

O constituinte de 1988 conferiu especial atenção à saúde, preocupado em sanar as inúmeras frustrações que os sistemas anteriores, excludentes, imputaram à população. Com isto, determinou-se que o direito à saúde não deveria ser assegurado por uma ou outra esfera de governo, mas por todos, ou seja, pelo Estado brasileiro. Para tanto, inseriu a promoção da saúde como competência material comum no artigo 23, inciso II, da Constituição Federal:

Art. 23: É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:
(...)
II – **cuidar da saúde** e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiências;
(...)

Cotidianamente, diz-se que as matérias relacionadas no artigo 23 da Constituição Federal retratam competência comum entre União, Estados, Municípios e o Distrito Federal cabendo aos três entes, independentemente um do outro, ou seja, de forma disjuntiva, resguardar os interesses ali relacionados.

Na tutela da saúde pública, o Ministério Público depara-se, não raras vezes, com a dificuldade na determinação do ente federativo responsável pela prestação do serviço essencial e indisponível à coletividade ou a um indivíduo. Tal dificuldade decorre da atribuição pelo constituinte democrático de 1988 de competência administrativa material a todos os membros da federação, de forma disjuntiva, atendendo-se os princípios da unicidade do sistema; universalidade do acesso; integralidade da assistência; promoção da

¹¹⁵ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. AC nº 2005.034438-5, Rel.: Des. Newton Trisotto, 13/12/2005.

saúde; igualdade no atendimento e resolutividade.

Neste contexto, destaca-se que a atuação do Ministério Público pode ser dirigida em relação a cada um dos entes federados, ou a todos, ou a apenas duas esferas, a fim de buscar garantir a eficiência do sistema e a resolutividade do atendimento prestado. Tal atuação pode se dirigir à melhoria do sistema como um todo, a exemplo das demandas que buscam garantir a aplicação dos valores mínimos fixados constitucionalmente pelas Disposições Constitucionais Transitórias, ou em relação à prestação do serviço em relação a uma situação concreta, que pode abarcar apenas um indivíduo ou toda uma coletividade de usuários.

Trata-se de hipótese de litisconsórcio passivo facultativo, prevista no art. 46, I, do CPC, entre os entes federados - União, Estados e Municípios - a comunhão do dever de prestar assistência à saúde da população, cabendo a opção de se demandar contra qualquer um deles, não havendo a necessidade de participação dos demais.

O Autor, por opção, escolhe o devedor solidário de quem pretende ver cumprida a obrigação e não pode ser compelido pelo autor, por isso, a demandar contra quem não queira. A inserção de outra pessoa jurídica de direito público na ação pode frustrar pretensão do Autor, na medida em que a relação processual sofrerá uma séria alteração e terá comprometida sua celeridade.

Admitir-se que o Réu possa obrigar o Autor a litigar contra parte que, por sua vontade, não compõe a relação processual, seria impor-lhe um litisconsórcio necessário, quando a lei e o direito não o fazem. Caso assim fosse, o instituto civil da solidariedade restaria inócuo e ineficaz¹¹⁶.

A questão encontra maior debate a respeito da atribuição da União, Estados e Municípios, na medida em que as Leis nº 8.080/90 e nº 8.142/90 e a Normas Operacionais Básicas do Sistema Único de Saúde - NOB/SUS/93, NOB/SUS/96 e NOB/SUS/01 - traçam diretrizes de repartição de atribuições. Mesmo assim, não se exclui o fato de que a responsabilidade dos entes federados, no âmbito material, é integral e comum. A Lei Orgânica da Saúde, como conhecida a Lei nº 8.080/90, estabelece critérios de cooperação e

¹¹⁶ NERY JR., Nelson. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante**. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: RT, 2003. p. 449a.

integração entre entes federados na administração do Sistema, não isentando as unidades da obrigação pela prestação do serviço e resolução do problema, quando as medidas administrativas de cooperação não tenham prevenido a falha no sistema.

Primeiramente, ocorrerá o deslocamento da competência da justiça estadual para a justiça federal quando a demanda não tenha sido inicialmente proposta contra a União e o chamante a pretenda incluir na relação. Com tal artifício processual cessará, inclusive, a atribuição do próprio agente ministerial que promoveu a ação, salvo na hipótese de atuar em um precário litisconsórcio entre Ministérios Públicos.

Mas não é apenas no plano processual que o chamamento prejudica a prestação jurisdicional nas causas que envolvam a tutela da saúde. Nas ações em que se busca um determinado serviço de saúde como, por exemplo, o fornecimento de um medicamento de nada adiantará a condenação solidária dos três entes da federação, pois a execução somente poderá ser cumprida por um deles, ainda que financiada pelos demais. No plano fático, é inviável que cada um dos entes fique responsável por uma certa quantidade de comprimidos ou por um dos profissionais que atuarão na cirurgia. Portanto, não sendo obrigações divisíveis, na maioria das vezes a inserção de diversos réus no processo somente dificultará a realização fática da pretensão jurídica do autor.

Sendo disjuntiva a atuação dos entes federados, ao executar uma ação inerente à competência comum, o ente federado não tem direito a ser reembolsado, total ou parcialmente, financeiramente pelos demais entes. Afirma Nelson Nery que “a pretensão de compensação ou reembolso é meramente política, e não jurídica. Tanto assim que o parágrafo único, do citado artigo 23, prevê a edição de Lei Complementar para disciplinar a cooperação entre os entes federados (2003:449a) ”.

Tal situação tem extrema importância para delimitar a legitimidade passiva para as causas que envolvem a atenção à saúde, em especial, àquelas que buscam a prestação de um serviço de saúde. Sendo responsabilidade de cada um dos entes federados velar pela saúde pública, cada um deles pode figurar no pólo passivo das ações sem que, com isto, possam exigir recomposição financeira perante demais entes. A criação da competência comum pelo constituinte pode levar a crer que a obrigação existente entre os entes federados se

assemelha às obrigações solidárias. Contudo, não obstante neste tipo de competência material forme-se um feixe de responsabilidade contra os membros da federação, a relação entre eles não é a mesma do instituto de direito civil.

A solidariedade passiva civil é instituto criado a fim de revestir os negócios jurídicos de maior segurança e, assim, promover o desenvolvimento econômico. Seu fim especial é garantir a adimplência do credor, na solidariedade passiva, ou a facilidade de pagamento para o devedor, na solidariedade ativa. O que faz a solidariedade passiva não é a unidade de dívida/crédito, mas sim a finalidade da união passiva ou ativa. Afora a relação credor-devedor, entre os devedores impera a regra do art. 283, do CC, segundo o qual o devedor que satisfizer sozinho o crédito tem o direito de exigir dos credores a sua cota, salvo disposição expressa em contrário ou tratar-se de relação de garantia.

Portanto, a característica principal da obrigação solidária, na seara do devedor, é a possibilidade de reembolso, total ou parcial, pelo adimplente em relação aos co-devedores. Esta característica não existe na obrigação decorrente da competência comum já que a relação entre os entes federados é de mera cooperação.

No plano processual, o devedor solidário dispõe de um instrumento para atenuar a faculdade do credor de escolher o devedor perante o qual irá dirigir sua demanda. Trata-se do Chamamento ao Processo, previsto atualmente no art. 77, do CPC.

Seguindo a definição de Cândido Dinamarco, "chamamento ao processo é o ato com que o réu pede a integração de terceiro ao processo para que, no caso de ser julgada procedente a demanda inicial do autor, também aquele seja condenado e a sentença valha como título executivo em face dele".¹¹⁷ Previne-se, assim, que o chamante tenha que, se vencido, adimplir a dívida e ajuizar nova demanda contra os demais devedores solidários.

Nestes termos, somente ao autor interessado no cumprimento da prestação do serviço é dado o direito de decidir se a demanda contemplará um, ou outros, entes federados. Isto porque, no âmbito específico da prestação do serviço de saúde, a tutela da saúde exige urgência e unicidade no atendimento.

¹¹⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituição de Direito Processual Civil**. Vol. II, 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 409.

3.2.3 Norma Programática

José Afonso da Silva, em sua obra denominada “Aplicabilidade das Normas Constitucionais”, apresentou uma classificação tricotômica das normas constitucionais quanto a sua eficácia e aplicabilidade:

I) *normas constitucionais de eficácia plena*, que produzem todos os seus efeitos essenciais, incidindo direta e imediatamente sobre a matéria que lhes constitui objeto; II) *normas constitucionais de eficácia contida*, que apesar de também incidirem imediatamente e produzirem todos os efeitos pretendidos, prevêem meios ou conceitos que permitem manter sua eficácia contida em certos limites, dadas certas circunstâncias; e, por fim, III) *normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida*, que não produzem, com a simples entrada em vigor, todos os seus efeitos essenciais, uma vez que o legislador constituinte não estabeleceu sobre a matéria uma normatividade bastante para isso, delegando essa tarefa ao legislador ordinário ou a outro órgão do Estado.¹¹⁸

Para José Afonso da Silva, “o art. 196 da Constituição Federal de 1988 está incluído no rol das normas programáticas, por ter eficácia reduzida, haja vista que não impõe propriamente uma obrigação jurídica, mas sim um princípio segundo o qual a saúde para todos estaria incluída entre os fins estatais que deveria ser atendido (2003:83)”.

A respeito das normas programáticas, retira-se da lição de Jorge Miranda, constitucionalista português:

As normas constitucionais são de aplicação diferida, e não de aplicação ou execução imediata; prescrevem obrigações de resultado, não obrigações de meios; mais do que comandos-regras explicitam comandos-valores; conferem “elasticidade” ao ordenamento constitucional, têm como destinatário primacial – embora não único – o legislador, a cuja opção fica a ponderação do tempo e dos meios em que vêm a ser revestidas de plena eficácia (e nisso consiste a discricionariedade); não consentem que os cidadãos ou quaisquer cidadãos as invoquem já (ou imediatamente após a entrada em vigor da Constituição), pedindo aos tribunais o seu cumprimento por si, pelo que pode haver quem afirme que os direitos que delas constam, *máxime* os direitos sociais, têm mais natureza de expectativas que de verdadeiros direitos *subjectivos*; aparecem, muitas vezes, acompanhadas de conceitos indeterminados ou parcialmente indeterminados.¹¹⁹

¹¹⁸ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 82/83.

¹¹⁹ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.442.

Não se apaga o fato de que há aqueles que entendem serem tais normas estritamente programáticas, somente traçando objetivos a serem alcançados futuramente, não se revestindo, pois, de aplicação plena e imediata, na dependência de legislação infraconstitucional para ser efetivada. Para os que pensam assim, vale a advertência de Barroso:

É, contudo, no tocante às normas definidoras de direitos que a questão da efetividade das normas constitucionais, por sua aplicação direta e imediata, se torna mais relevante. (...) Trajetória mais ingrata têm percorrido os direitos sociais. Uma das dificuldades que enfrentam é que, freqüentemente, vêm eles encambulhados com as normas programáticas, sem que se possa prontamente discriminar as hipóteses em que existem prestações positivas exigíveis.¹²⁰

O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental.¹²¹

Todavia, o direito moderno, em especial o direito constitucional, é regido em face dos princípios da efetividade e da eficácia de suas normas, tornadas inócuas as asserções levantadas em sentido contrário. Nesse sentido, importante lembrar que a discussão gravita em torno de princípios constitucionais, em especial, de necessária ponderação entre eles, subsumidos como normas afeitas a dar o “fundamento material e formal aos subprincípios e demais regras integrantes da sistemática normativa”.¹²² Veja-se que a noção de princípio vincula-se obrigatoriamente com o traço da normatividade. Quer dizer:

Princípio é, com efeito, toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam, e portanto resumem, potencialmente, o conteúdo: sejam pois, estas efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém.¹²³

¹²⁰ BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 1990, p.142-144.

¹²¹ BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2003, p.111.

¹²² ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada**. São Paulo: RT, 1998. p. 73.

¹²³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 230.

Portanto, sejam eles explícitos ou implícitos, considera-se que os princípios jurídicos concedem a todo o ordenamento a base fundamental por onde serão extraídos o sentido e o alcance das expressões do Direito. São eles (os princípios constitucionais) que irão iluminar o caminho que será seguido pelo legislador infraconstitucional. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello,

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.¹²⁴

Não fora a saúde um direito fundamental consagrado universalmente, afigura-se na espécie, com igual magnitude, a presença do direito à dignidade da pessoa humana, assegurado como um dos pilares da República Federativa do Brasil, assentado na Constituição Federal logo em seu art. 1º, inciso III. Vale dizer: Princípio da primazia da vida, a partir do qual seus fundamentos se irradiam para todos os demais princípios fundamentais, como a liberdade, a igualdade, a segurança, a propriedade.

A impressão de ser absoluto resulta do fato de que existem duas normas de dignidade da pessoa, quer dizer, uma regra de dignidade da pessoa e um princípio da dignidade da pessoa, como assim também do fato de que existe uma série de condições sob as quais o princípio da dignidade da pessoa, com um alto grau de certeza, precede a todos os demais princípios.¹²⁵

A dignidade da pessoa humana, na esteira desse raciocínio, não se apresenta na ordem constitucional vigente como norma programática, de conteúdo abstrato, mas de um princípio constitucional que se sobreleva na medida em que é o pressuposto mais importante para a proteção à vida humana e ao direito de existir do homem, cuja concretização exige que seja interpretado e implementado de acordo com ele próprio, portanto, na exata dimensão de sua importância para a consolidação de um novo Estado de Direito, tal qual preconiza o art. 1º da Carta Política da República.

¹²⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de direito administrativo**. São Paulo: RT, 1980. p. 230.

¹²⁵ ALEXY, Robert. Teoria de los Derechos Fundamentales apud TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2002. p.398

A dignidade não vê rosto, não vê sexo, não discrimina idade nem raça, não escolhe classe social. Todavia, para que esse princípio se efetive no cotidiano das pessoas, será necessário ampliar o espaço de interpretação dos direitos fundamentais iluminados pelo conteúdo deste superprincípio. Deve-se ter em mira normas constitucionais que se utilizam conceitos mais abertos, a possibilitar, com isso, maior flexibilização de sua aplicação prática, mediante a configuração, ao caso concreto, de uma interpretação mais construtiva, mais consentânea com as exigências sociais e com o bem comum.¹²⁶

Segundo Maria Celina Bodin de Moraes:

Albert Einstein foi o primeiro a identificar a relatividade de todas as coisas: do movimento, da distância, da massa, do espaço, do tempo. Mas ele tinha em mente um valor geral e absoluto, em relação ao qual valorava a relatividade: a constância, no vácuo, da velocidade da luz. Seria o caso, creio eu, de usar essa analogia, a da relatividade das coisas e a do valor absoluto da velocidade da luz, para expressar que também no Direito, hoje, tudo se tornou relativo, ponderável, em relação, porém, ao único princípio capaz de dar harmonia, equilíbrio e proporção ao ordenamento jurídico de nosso tempo: a dignidade da pessoa humana, onde quer que ela, ponderados os interesses contrapostos, se encontre.¹²⁷

Ademais, Sarlet assevera:

(...) a denegação dos serviços essenciais de saúde acaba (...) por se equiparar à aplicação de uma pena de morte, sem crime, sem qualquer processo e, na maioria das vezes, sem possibilidade de defesa, isto sem falar na virtual ausência de responsabilidade dos algozes, abrigados no anonimato dos poderes públicos. O que se pretende realçar, por ora, é que principalmente no caso do direito à saúde, o reconhecimento de um direito originário a prestações materiais (ainda que limitadas ao estritamente necessário para a proteção da vida humana), diretamente deduzido da Constituição, constitui exigência inarredável de qualquer Estado (social ou não) que inclua nos seus valores essenciais a humanidade e a justiça.¹²⁸

Diante disso, Schwartz compreende que:

A programaticidade da saúde violaria o caráter dirigente e principiológico da Constituição de 1988, que visa a uma sociedade fraterna, pluralista e com objetivo de concretização de uma justiça social, por atender apenas a uma acomodação de interesses, na medida em que deixa à

¹²⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 138.

¹²⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 147.

¹²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 298/299.

mercê do Legislativo a edição de uma lei complementar que torne realmente efetiva a conquista trazida com a *Lex Mater*. Isto porque, não é de hoje que se sabe da demora do Legislativo¹²⁹ em aprovar ou até mesmo não fazer leis que sejam contrárias ao interesse do Executivo.

Assim, existindo apenas uma opção de atuação eficaz, que permita a melhoria das condições de saúde, e até mesmo a manutenção da vida da pessoa interessada, é esta a conduta a ser adotada pelo Poder Público, mesmo que ultrapassando as obrigações legais, em sentido positivo de ação e objetivo.

Bem por aí que a posição da Suprema Corte:

PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE – FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) - PRECEDENTES (STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQUÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA.

O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar.

O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional.

A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE.

O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.¹³⁰

¹²⁹ SCHWARTZ, Germano. **Direito à saúde**: efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 60.

¹³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 271286/RS. Rel. Ministro Celso de Mello, Segunda Turma. 12/09/2000.

3.2.4 Necessidade de Perícia

O direito à saúde rege-se pelos princípios da universalidade e da igualdade de acesso às ações e aos serviços, sendo dever do Estado (poder público) proporcionar e enfatizar a garantia desse direito a todos os cidadãos, desde que previsto constitucionalmente como um direito social. Importante frisar, contudo, que há certos requisitos objetivos que devem ser cumpridos administrativamente junto aos órgãos que compõem o Sistema Único de Saúde para a obtenção gratuita de serviço de saúde fora dos previamente padronizados, evitando-se gastos desnecessários em prejuízo do erário. A proporcionalidade na aplicação dos dispositivos constitucionais é medida que se impõe.

Antes, o magistrado atuava como um espectador da atividade probante das partes, sem interferir na iniciativa ou condução da prova. Essa postura não mais se coanuda com o processo civil moderno, que exige um julgador comprometido com a descoberta da verdade e a correta distribuição da justiça. Para tanto, imprescindível é a análise das provas pelo juiz, que, depois de estudá-las, justifica seu convencimento, ou seja, sua persuasão racional. Para que a respectiva justificação ocorra, imprescindível é que o juiz explicita as provas dos fatos que o convenceram a decidir de determinada maneira.

O julgamento antecipado da lide é possível justamente por essa persuasão racional do juiz. Contudo, essa alegação não serve de justificativa para decisão não embasada em prova. Havendo controvérsia sobre fatos, sendo estes pertinentes e relevantes, não caberá julgamento antecipado. Conforme Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart:

Fato pertinente é aquele concernente ao mérito, ou melhor, o fato que não é estranho ao mérito a ser julgado pelo juiz. Fato relevante, por sua vez, é o que, além de pertinente, pode influir no julgamento do mérito”. “(...) É interessante observar que cabe ao juiz, existindo controvérsia acerca dos fatos, analisar se eles, apesar de relevantes e pertinentes, não estão provados; o julgamento antecipado só não deve ocorrer quando o fato, ainda que controvertido, pertinente e relevante, não se encontra devidamente provado.¹³¹

¹³¹ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo de Conhecimento**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003. p. 279.

Oportuno destacar, também, que o princípio da proporcionalidade, entendido como parâmetro a balizar a conduta do legislador quando estejam em causa limitações a direitos fundamentais, tem por conteúdo três princípios:

1) da adequação, que traduz a exigência de que os meios adotados sejam apropriados à consecução dos objetivos pretendidos; 2) da necessidade, segundo o qual a medida restritiva deve ser indispensável à conservação do próprio ou de outro direito fundamental, não podendo ser substituída por outra igualmente eficaz, mas menos gravosa; e 3) da proporcionalidade em sentido estrito, pelo qual se pondera a carga restritiva em função dos resultados, de maneira a garantir-se uma equânime distribuição de ônus.¹³²

É cediço que tratamentos médicos devem ser concedidos, em respeito ao direito à saúde e à vida. Entretanto, a discussão pontual não é de direito, mas sim de fato, sendo inarredável a produção de prova para dirimir dúvida. Por suposto, sem a produção de prova pericial não há como saber se o tratamento pleiteado pelo substituto processual é realmente urgente e adequado, a ponto de concedê-lo definitivamente ao interessado antes de um juízo capaz de justificar essa preferência, a despeito da existência de outros pacientes que aguardam há mais tempo. Dessa forma, mostra-se incabível a procedência imediata do pedido.

Além disso, sem a perícia, a apresentação de prova é unilateral, não havendo respeito aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, consubstanciados no art. 5º, LV, da Constituição Federal:

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LV – aos litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

Esses princípios garantem ao réu a possibilidade de saber da existência do pedido em juízo, dar ciência dos atos processuais subsequentes às partes, a terceiros e aos assistentes, e garantir a possível reação contra decisões, sempre que desfavoráveis. No entanto, a reação contra decisões favoráveis deve atender a procedimentos previstos em lei,

¹³² BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 212.

assim como as próprias decisões, para que não haja desrespeito a mais um princípio constitucional – o da ampla defesa:

Art. 5º - (...)

LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

Ainda, vale lembrar que os princípios do contraditório e da ampla defesa são de ordem pública, sendo tarefa do juízo, e não somente das partes, a garantia de um direito assegurado constitucionalmente. Conforme Celso Ribeiro Bastos,: “Ocorre, porém, que a ampla defesa não é aquela que é satisfatória segundo os critérios do réu, mas sim aquela que satisfaz a exigência do juízo”.¹³³

Muitas vezes os magistrados optam por aceitar uma declaração do médico responsável que configure a especificidade do caso e a necessidade de tratamento especial, fora dos padronizados pelo Sistema Único de Saúde. Isso ocorre por conta da onerosidade que acarretaria a determinação de perícia médica em todas as ações civis públicas, nas quais não há adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais ou quaisquer outras despesas, conforme os arts. 18 da LACP e art. 87 do CDC. Em sede de tutela antecipada, até se visualiza viável tal medida, em virtude da urgência e da possibilidade de exposição a perigo do paciente.

Todavia, esta postura não é a ideal, haja vista que o atestado médico juntado pelo paciente mostra-se como prova unilateral, isto quando não está eivado de nulidade, pelo fato de certos médicos aderirem às “máfias dos medicamentos”, segundo as quais os médicos indicam certos medicamentos por estarem mancomunados com os laboratórios que os fabricam.

No entanto, existe outra situação em que a prova pericial pode ser dispensada de forma mais justa, com quando o paciente faz uso do tratamento disponibilizado pelo Sistema Único de Saúde, contudo, não obtém o fim esperado. Veja-se:

Saúde Pública. Fornecimento de remédio. Hepatite crônica. Substância similar fornecida pelo SUS. "Muito embora o artigo 196 da Magna Carta estabeleça que a saúde é direito de todos e dever do Estado, não pode o Poder Público, na hipótese de dispor de remédio similar,

¹³³ BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2º vol, São Paulo: Saraiva, p. 268.

ser obrigado a fornecer o medicamento requerido pelo cidadão, 'salvo se comprovada a sua ineficácia'.¹³⁴

3.2.5 Respeito às Leis Orçamentárias

De outra parte, não prospera a alegada impossibilidade de prestação de serviços de saúde por conta do devido respeito às leis orçamentárias. Essa obrigação serve para que os administradores cumpram a finalidade de sua função – o interesse público –, e não para que se esquivem de tal compromisso. O direito à saúde é claramente pontuado em norma constitucional de eficácia plena, fato que não comporta o adiamento da medida.

Segundo Sarlet:

O mais famigerado argumento contrário ao reconhecimento de um direito subjetivo individual à saúde como prestação, contudo, vincula-se ao fato de que se cuida de um direito que implica alocação e, portanto, efetiva disponibilidade de recursos materiais e humanos, haja vista sua dimensão econômica, encontrando-se, por esta razão, submetido a uma reserva do possível.¹³⁵

O direito moderno, em especial o direito constitucional, é regido em face dos princípios da efetividade e da eficácia de suas normas, tornadas inócuas as asserções levantadas em sentido contrário. Importante lembrar que a discussão gravita em torno de princípios constitucionais, subsumidos como normas afeitas a dar o “fundamento material e formal aos subprincípios e demais regras integrantes da sistemática normativa”.¹³⁶

A Emenda Constitucional nº 29/2000 deu nova redação ao art. 198, prevendo que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios devem aplicar anualmente, em ações e serviços de saúde pública, recursos do produto de suas arrecadações tributárias e de transferências em porcentagens e critérios estabelecidos em lei complementar. Todavia, o art. 77, do ADCT, acrescido pela mesma Emenda, já estabelece o percentual de 5% para a

¹³⁴ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. AI nº 2006.026272-5, Rel. Juíza Sônia Maria Schmitz. J. 17/10/2006.

¹³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **Contornos do direito fundamental à saúde na Constituição de 1988**. Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, v. 56, p. 41-62, dez. 2002.

¹³⁶ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada**. São Paulo: RT, 1998. p. 73.

União, 12% para os Estados e 15% para os Municípios e Distrito Federal, até a promulgação da referida lei complementar.

Contudo, bem se vê que nada obstante a Lei de Responsabilidade Fiscal limite os gastos do Poder Público, permite, por sua vez, o contingenciamento na liberação das verbas já aprovadas por meio da lei orçamentária anual. Os recursos já aprovados na área da saúde devem ser disponibilizados e liberados com base em critérios técnicos, e não político-partidários.

Cunha Júnior entende que:

Não se pode concordar com aqueles que sustentam encontrar-se a eficácia dos direitos fundamentais dependente do limite fático da reserva do possível, uma vez que sempre haverá um meio de remanejar os recursos disponíveis, retirando-os de outras áreas, em que sua aplicação não está tão intimamente ligada aos direitos mais essenciais do homem, como, por exemplo, a vida, a integridade física e a saúde.¹³⁷

Nesse sentido, haure-se precedente do Supremo Tribunal Federal:

(...) entre proteger a inviolabilidade do direito à vida que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5, caput e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado esse dilema – que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida e à saúde humana.¹³⁸

Tanto é assim que a Constituição de 1988, demonstrando sua preocupação em inovar, sobretudo no campo do controle da pública administração, criou mais um controle, o chamado operacional, cujo entendimento tem atraído a atenção de especialistas:

Art. 71 - O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

(..)

IV - realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II;

¹³⁷ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle Judicial das omissões do poder público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição. São Paulo: Saraiva, 2004, p.290.

¹³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário, nº 271.286/RS. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 12/09/2000.

A evolução do controle exercido pelos Tribunais de norteou-se pela necessidade indicações claras e objetivas de um aproveitamento mais racional dos valores e bens disponíveis, e da fiscalização do desempenho operacional. Com isso, surgiu o sentimento de que também se fazia imprescindível a verificação do rendimento gerencial ou da execução das atividades e ações que materializam os empreendimentos do Estado, todas lançadas na Lei Orçamentária. O novo enfoque completaria o controle tradicional, restrito ao exame dos aspectos contábeis e legais.

Este controle de mérito está absorvido pela auditoria operacional, que se configura, com base na definição do professor e autor Inaldo Araújo (2001: 27), “na análise e avaliação do desempenho de uma organização, no todo ou em parte, objetivando formular recomendações e comentários que contribuirão para melhorar os aspectos de economia, eficiência e eficácia”. Assim, a execução das funções públicas passou a ser apreciada também pelo ângulo operacional, compreendendo a economia, a eficiência e a eficácia. O princípio da economia direciona a administração no sentido de que ela se conduza com cautela a utilização do dinheiro público, procurando sempre o custo mais baixo, sem prejuízo da qualidade dos serviços e aquisições. O princípio da eficiência leva a administração a extrair os benefícios máximos de qualquer atividade governamental. Finalmente, o princípio da eficácia projeta sobre a administração a necessidade da consecução dos objetivos visados.

Na esteira desse desenvolvimento contínuo, os tribunais de contas passaram a exercer um controle de mérito, ultrapassando a mera legalidade dos atos governamentais. Conforme Citadini (1995:18) acerca do controle de mérito, "(...) parece claro que esta forma de verificação, que procura analisar o ato administrativo vinculando-o com o sucesso de seu objetivo, bem como analisando se os meios utilizados pela Administração foram os mais adequados, traz grande realce às auditorias no julgamento dos atos administrativos."

A auditoria operacional tem, pois, um relevante papel na melhoria dos procedimentos administrativos, porquanto cabe-lhe atuar como instrumento de gerenciamento, tendente a detectar imperfeições ou deficiências, avaliar causas e efeitos decorrentes de distorções, propor soluções ou alternativas, tudo em referência às funções desenvolvidas pelo Poder Público.

Os Tribunais de Contas, mesmo que de maneira comedida e incipiente, vêm executando auditorias operacionais, que, como já afirmado, é um tipo de fiscalização com sede constitucional. Nunca é demais lembrar que hoje a eficiência é um dos princípios constitucionais estabelecidos como norte a toda a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Observe-se o conceito do princípio da eficiência, segundo Vladimir da Rocha França: “O princípio da eficiência administrativa estabelece o seguinte: toda ação administrava deve ser orientada para concretização material e efetiva da finalidade posta pela lei, segundo os cânones jurídico-administrativo (2000:168)”. De outra monta, temos o conceito do princípio da eficiência posto por Alexandre Moraes:

Assim, *princípio da eficiência* é o que impõe à administração pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, rimando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitarem-se desperdícios e garantir-se maior rentabilidade social.¹³⁹

A eficiência administrativa impõe que o cumprimento das normas em geral seja concretizado com um mínimo de ônus social, buscando o puro objetivo do atendimento do interesse público de forma ideal, sempre em benefício ao cidadão. Nas palavras de Juarez Freitas (1999, p.85), "o administrador público está obrigado a obrar tendo como parâmetro o ótimo".

A exemplo do exposto tem-se a auditoria operacional (processo nº07/00373373)¹⁴⁰, realizada pelo do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, sobre o desempenho do Programa de Medicamentos de Dispensação Excepcional, da Secretaria de Estado da Saúde, na prefeitura de Itajaí/SC. Da decisão deste extrai-se:

(...)

6.2. Determinar à Secretaria de Estado da Saúde – SES que, no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da data da publicação desta Decisão no Diário Oficial Eletrônico desta Corte de Contas, apresente a este Tribunal Plano de Ação estabelecendo responsáveis, atividades e prazos para o cumprimento das seguintes determinações e recomendações, nos termos do art. 5º da Instrução Normativa n. TC-03/2004:

¹³⁹ MORAES, Alexandre de. **Reforma Administrativa: Emenda Constitucional nº 19/98**. 3. ed., São Paulo : Atlas, 1999, p. 30.

¹⁴⁰ Disponível em: <http://www.tce.sc.gov.br/web/menu/processos> Acesso em 21.nov.2008.

6.2.1. Determinações:

6.2.1.1. Alto Impacto (...)

6.2.1.1.5. Efetuar, de imediato, inventário no Almoxarifado – Unidade São José para correção das diferenças entre o estoque físico e o sistema de estoque – SME e apuração das responsabilizações, de acordo com o inciso II, do art. 132 da Lei (federal) n. 6.745/85 (parágrafos 3.100 a 3.104 do Relatório DAE n. 001/2008);

6.2.1.1.6. Garantir que os veículos que transportem medicamentos estejam de acordo com a legislação vigente, especialmente as Portarias ns. 802 e 1.052/98, do Ministério da Saúde, e legalmente autorizados pela Vigilância Sanitária, conforme inciso IX do art. 11 da Portaria n. 802/98, bem como a Resolução n. 329/99, da ANVISA (parágrafo 3.167 do Relatório DAE n. 001/2008);
(...)

6.2.1.1.9. Assumir a responsabilidade pela dispensação de medicamentos excepcionais ou proceder à pactuação com os Municípios, conforme definido na Portaria n. 2.577/2006, Anexo I, III, 25 e 26.1 (parágrafos 3.237 e 3.238 do Relatório DAE n. 001/2008);

Apesar deste controle não ser da competência direta do Ministério Público, válido é analisar a preocupação do próprio constituinte com o mérito do ato administrativo, que deve estar em conexão direta ao interesse público coletivo. O único juízo que fica a cargo do administrador, em atos discricionários é o da conveniência e da oportunidade.

3.2.6 Autonomia do Poder Executivo

As Ações Cíveis Públicas não podem ser ajuizadas, a pretexto da tutela de interesses metaindividuais, no tocante a matéria de juízo de oportunidade e conveniência do administrador, constitucionalmente concebível. No entanto, a autonomia do Poder Executivo demanda adaptações em face da complexidade do Estado contemporâneo. A incompletude na tarefa constitucional incumbida a um dos Poderes fere a autoridade, a autonomia e a responsabilidade dos outros. Assim:

(...) o Poder Judiciário pode rever: a) o ato administrativo vinculado ou discricionário, sob os aspectos de competência e legalidade; b) o ato administrativo vinculado, no seu mérito; c) o ato administrativo discricionário, no seu mérito, se tiver havido imoralidade, desvio de poder ou finalidade; d) o ato administrativo discricionário, no mérito, quando a administração o tenha motivado, embora não fosse obrigada a fazê-lo, e assim fica vinculada a seus motivos determinantes.¹⁴¹

¹⁴¹ MAZZILI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 92.

O administrador pode praticar atos vinculados, que são aqueles cuja aplicabilidade e requisitos são expressamente previstos em lei; e atos discricionários, que são praticados pela Administração com base na oportunidade e conveniência, ficando a critério do próprio agente público a escolha da melhor forma e método de sua realização. No caso do direito social à saúde, incumbe ao Poder Executivo determinar, a partir de critérios técnicos, quais as ações indispensáveis para atender a este dever genérico.

Todavia, é imprescindível a concorrência de outros organismos sociais para que esse direito não apenas seja aplicado de forma eficiente, mas que irradie consequências práticas mediante a produção de efeitos concretos, por meio de decisões que permitam consolidar a exata correspondência entre a finalidade social da norma e a sua aplicação perante a realidade fática.

Com isso, o papel do julgador e por meio dele a criação de novos precedentes judiciais, assume, junto com o Estado e a participação solidária dos cidadãos, importância fundamental não só no sentido de dar a devida atenção ao contexto normativo vigente, utilizando-se de uma conduta interpretativa apta a materializar as aspirações da cidadania, mas, de forma muito mais extensa, no sentido de trabalhar e contribuir para a consolidação de um Estado de Direito que assegure, na prática, a redução das diferenças que ainda separam o país real do país formal.

Até porque, segundo Cunha Júnior, “o que caracteriza a independência entre os órgãos do poder político não é a exclusividade no exercício das funções que lhes são atribuídas, mas, sim, a predominância no seu desempenho (2004:326)”. No mesmo norte, Barroso entende que “cabe sempre fazer prevalecer a Constituição, quer suprimindo os atos normativos com ela incompatíveis, quer suprimindo as omissões legislativas que embaraçam sua efetivação (2003:170)”.

Basta que se tenha vontade política para promoção, recuperação e defesa da saúde, não atuando e investindo somente nos interesses econômicos em detrimento aos direitos sociais. O Poder Judiciário, em segundo plano, tem a função basilar de "corrigir as eventuais desigualdades ocorridas no campo sanitário, desde que provocado. Isto porque é o órgão com competência para tal, uma vez que tem condições, dentro dos próprios ditames da Constituição de buscar soluções para garantir o direito à saúde. Primeiro, deve agir o Estado no cumprimento de seu papel, mediante as políticas sociais e econômicas para efetivação e

aplicação do direito à saúde. Em um segundo momento, o Poder Judiciário tem prerrogativa constitucional para a consecução do direito sanitário, devido a não atuação estatal.

Nesse sentido, extrai-se decisão do Tribunal de Justiça do Paraná:

(...) Não está o Judiciário interferindo nas atividades do Poder Executivo, desrespeitando a sua autonomia, a separação dos poderes, mas sim, salvaguardando os interesses maiores dos cidadãos, face o poder da máquina estatal, e cumprindo com o indispensável dever de prestação jurisdicional, como forma de proteger e garantir os direitos fundamentais à vida e à saúde, previstos, respectivamente, pelos artigos 5º, *caput*, 6º e 196, da Carta da República. Não haveria a alegada discricionariedade da Administração e a invasão por parte do Poder Judiciário no mérito do ato administrativo, pois, neste caso, a garantia ao direito à saúde, prevista na Constituição Federal, é um imperativo que se impõe. Não cabe ao administrador escolher se prestará ou não a assistência à saúde aos seus cidadãos.¹⁴²

Em conformidade com o exposto, tem a jurisprudência demonstrado o papel do Ministério Público na busca pelo direito à saúde, pois a ação ministerial encontra respaldo para propor ação civil pública e promover inquéritos policiais na defesa do direito à saúde, haja vista o interesse difuso e coletivo.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - LEGITIMIDADE - MINISTÉRIO PÚBLICO - SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE - DIREITO COLETIVO. Tem o Ministério Público legitimidade para propor ação civil pública em defesa do patrimônio público e social visando à verificação da situação do Sistema Único de Saúde e sua operacionalização. "Recurso improvido". (Resp 124.236, STJ, Primeira Turma, Relator Min. Garcia Vieira, 31/03/1998, DJU 04/05/1998, p. 84).

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - LEGITIMIDADE - MPF E UNIÃO FEDERAL. O Ministério Público Federal está autorizado a ajuizar ação civil pública na defesa da moralidade pública e também para preservar a saúde pública (CF, art. 129, III). Ilegitimidade da União que não integrou a relação processual porque não é titular de direito algum. Recurso improvido. (AG 1997.01.00.050034-5, TRF1, Quarta Turma, Relatora Juíza Eliana Calmon, 04/02/1998, DJU 12/03/1998, p. 125).

Por derradeiro, saúde é uma constante busca com o escopo primordial de realização da dignidade humana, externando-se como uma necessidade básica no exercício da cidadania e da qualidade de vida. Vivemos em um Estado Democrático de Direito, e a saúde, neste aspecto, funciona como pressuposto da vida. E ainda, não sendo demais

¹⁴² PARANÁ. Tribunal de Justiça. Apelação Cível e Reexame Necessário nº 326.673-9/Londrina. Relatora: Desembargadora Anny Mary Kuss. Curitiba, 23/05/2006.

lembrar, são essas vidas a serem preservadas que dão legitimidade aos administradores, por eleições, cedendo parte de suas liberdades para a obtenção de prestações mínimas a todos.

3.3 Responsabilidade Civil do Estado

Celso Antônio Bandeira de Mello preceitua:

Entende-se por responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado a obrigação que lhe incumbe de reparar economicamente os danos lesivos à esfera juridicamente garantida de outrem e que lhe sejam imputáveis em decorrência de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos.¹⁴³

Marçal Justen filho também entende nesse sentido:

A responsabilidade civil do Estado consiste no dever de indenizar as perdas e danos materiais e morais sofridos por terceiros em virtude de ação ou omissão antijurídica ao estado.¹⁴⁴

É comum encontrar na doutrina uma separação no fundamento da responsabilização do Estado quando atua lícita ou ilícitamente. Para os atos ilícitos, a fundamentação dá-se pelo princípio da igualdade, segundo o qual todos devem suportar os encargos provenientes de uma vida em sociedade. Já para os atos lícitos, a fundamentação está no princípio da legalidade.

Nesse sentido, Celso Bastos recorda a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão:

Nos dias atuais existe grande aceitação da teoria da igualdade ou proporcionalidade dos encargos públicos. No art. 13 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, consagrada pela Revolução Francesa em 1793, ficou estabelecido o princípio de que uns cidadãos não devem sofrer mais do que outros os encargos impostos pelo interesse comum em virtude da atividade do Estado, e por tal razão os danos ou acidentes resultantes a certos particulares devem ser repartidos entre todos, mediante a devida indenização.¹⁴⁵

Weida Zancaner Brunini também esclarece a questão:

¹⁴³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 852.

¹⁴⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 792.

¹⁴⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 187.

Toda vez que o administrado sofre qualquer dano originário de ato ilícito e houver um nexo de causalidade entre a atividade da Administração e o evento danoso, o Estado responde, qualquer que seja o dano. O princípio que fundamenta esse ressarcimento é o princípio da legalidade, mesmo porque a Administração rege-se sob a égide da legalidade, não devendo dela apartar-se, sendo que, toda vez que o faça, deve arcar com as consequências.¹⁴⁶

É pensando não somente nos princípios que norteiam a responsabilização do Estado, mas também nos princípios que orientam a administração pública, voltados para o que dá base para essa formação administrativa, ou seja, a vida em sociedade e a preservação dos interesses dos integrantes desta, é que se passa a analisar possíveis ferramentas materiais e processuais para a correta consecução do direito à saúde.

3.3.1 Responsabilização Objetiva do Estado por Atos Omissivos

Hoje, a responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado é calcada na teoria do risco administrativo, conforme o art. 37, § 6º, da Constituição Federal, na modalidade objetiva, segundo a qual só há alguns casos de excludentes de responsabilização do Estado, como caso fortuito, força maior, culpa exclusiva da vítima ou de terceiro e estado de necessidade. Desprezando o elemento culpa, a teoria objetiva centra-se no nexo de causalidade, com a comprovação do binômio atividade administrativa/dano para posterior obrigação do Estado de indenizar. Aquele que é investido de competências estatais tem o dever objetivo de adotar as providências necessárias e adequadas a evitar danos às pessoas.

Sérgio Cavalieri Filho afirma que

Na busca de um fundamento para a responsabilidade objetiva, os juristas, principalmente na França, conceberam a teoria do risco, justamente no final do século XIX, quando o desenvolvimento industrial agitava o problema da reparação dos acidentes de trabalho. Risco é perigo, probabilidade de dano, importando, isso, dizer que aquele que exerce uma atividade perigosa deve-lhe assumir os riscos e reparar o dano dela decorrente. A doutrina do risco pode ser, então, assim resumida: todo prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem o causou, independentemente de ter ou não agido com culpa.¹⁴⁷

¹⁴⁶ BRUNINI, Weida Zancaner. **Da Responsabilidade Extracontratual da Administração Pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 55.

Parte dominante dos doutrinadores entendem que a responsabilidade objetiva abarca somente os atos comissivos, que implicam uma ação, restando aos omissivos, provenientes da inércia do agente, o fundamento da teoria subjetiva. Esse entendimento é no sentido de que, quando o Estado não age, o que pode acontecer é a configuração de uma condição e não a causa do dano. Contudo, há uma pequena arte da doutrina que acredita que a objetividade abrange ambas as condutas.

Celso Antônio Bandeira de Mello entende que a responsabilidade objetiva só abarca atos comissivos:

É mister acentuar que a responsabilidade por “falta de serviço”, falha do serviço ou culpa do serviço (*faute du service*, seja qual for a tradução que se lhe dê) não é, de modo algum, modalidade de responsabilidade objetiva, ao contrário do que entre nós e alhures, às vezes, tem-se inadvertidamente suposto. É responsabilidade subjetiva porque baseada na culpa (ou dolo), como sempre advertiu o Prof. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello.¹⁴⁸

Do mesmo entendimento compartilha Maria Helena Diniz:

O art. 37, § 6º, da Carta Constitucional reporta-se a comportamento comissivo do Estado, pois só uma atuação positiva do Estado pode gerar, causar, produzir um efeito. Logo, para haver responsabilidade objetiva do Poder Público cumpre que haja um comportamento comissivo, uma vez que sem ele jamais haverá causa (...). na hipótese de dano por comportamento omissivo a responsabilidade estatal é subjetiva, por depender de procedimento doloso ou culposos (...). Os prejuízos não são causados pelo Estado, mas por acontecimento alheio a ele, já que a omissão é condição de dano.¹⁴⁹

Nesse raciocínio, os atos omissivos ensejam responsabilidade em caso de dano fundado na modalidade subjetiva, tendo o prejudicado que provar a conduta culposa, mediante negligência, imprudência ou imperícia, ou a conduta dolosa, para que seja viabilizada a indenização.

Segundo José Cretella Júnior:

Omitindo-se, o agente público também pode causar prejuízos ao administrado e à própria Administração. A omissão configura a culpa *in omittendo* ou *in vigilando*. São casos de inércia, casos de não-atos. Se cruza os braços ou não se vigia, quando deveria agir, o agente público omite-se, empenhando a responsabilidade do Estado por inércia ou incúria do agente. Devendo agir, não agiu. Nem como *bonus pater familiae*, nem como *bonus administrator*. Foi negligente. Às vezes imprudente e até imperito. Negligente, se a solécia o dominou;

¹⁴⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 155.

¹⁴⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 862.

¹⁴⁹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 415.

imprudente, se confiou na sorte; imperito, se não previu a possibilidade da concretização do evento. Em todos os casos, culpa, ligada a idéia de inação, física ou mental.¹⁵⁰

Todavia, há doutrinadores que acreditam que a responsabilização objetiva do Estado deve abarcar atos omissivos.

Yussef Cahali é um deles:

O Des. Álvaro Lazzarini, contudo, invocando magistério de Toshio Mukai, contesta a afirmação de que o ato comissivo seria causa, enquanto o omissivo não o seria (...). Funda-se em que as obrigações em Direito comportam causas, podendo elas ser a lei, o contrato ou o ato ilícito; assim, causa, nas obrigações jurídicas, é todo o fenômeno de transcendência jurídica capaz de produzir um efeito jurídico pelo qual alguém tem o direito de exigir de outrem uma prestação (de dar, de fazer ou não fazer), daí concluir que a omissão pode ser causa e não condição, ou em outros termos, o comportamento omissivo do agente público, desde que deflagrador primário do dano praticado por terceiro, é causa e não simples condição do evento danoso, portanto, há que se examinar, em cada caso concreto, se o evento danoso teve como causa a omissão grave do representante do Estado; se teve, a responsabilidade subjetiva do Estado (por culpa *in omittere*) aparece; se não teve, isto é, se o dano ocorreu por omissão do funcionário, incapaz de ser caracterizado como causa daquele, tal omissão não gerará a responsabilidade do Estado.¹⁵¹

Weida Zancaner Brunini entende que:

O Estado responde tanto pelas ações, como pelas omissões dos agentes públicos em geral, pois pode a omissão vir a ser causa eficiente do dano. A Constituição, a nosso ver, agasalhou a responsabilidade objetiva, tanto nos atos comissivos, como nos omissivos, parecendo-nos preferível este entendimento àquele que pretende apartar da teoria objetiva os comportamentos omissivos, enquadrando-os na teoria subjetiva e, portanto, sujeitando-os à comprovação de culpa para a conseqüente imputação de responsabilidade ao Estado.¹⁵²

Guilherme Couto de Castro faz uma distinção entre omissão genérica e omissão específica, defendendo a tese de que cabe responsabilidade objetiva do Estado em caso de omissão específica: “(...) não ser correto dizer, sempre, que toda hipótese de dano proveniente de omissão estatal será encarada, inevitavelmente, pelo ângulo subjetivo. Assim o será quando se tratar de omissão genérica. Não quando houver omissão específica, pois aí há dever individualizado de agir (1997:37)”.

Cavaliere também entende nesse sentido:

¹⁵⁰ CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de Direito Administrativo**. VIII/210, nº 161, Rio de Janeiro: Forense, 1972.

¹⁵¹ CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 285.

¹⁵² BRUNINI, Weida Zancaner. **Da Responsabilidade Extracontratual da Administração Pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 62.

Haverá omissão específica quando o Estado, por omissão sua, crie a situação propícia para a ocorrência do evento em situação em que tinha o dever de agir para impedi-lo. Assim, por exemplo, se o motorista embriagado atropela e mata pedestre que estava na beira da estrada, a Administração (entidade de trânsito) não poderá ser responsabilizada pelo fato de estar esse motorista ao volante sem condições. Isso seria responsabilizar a Administração por omissão genérica. Mas se esse motorista, momentos antes, passou por uma patrulha rodoviária, teve o veículo parado, mas os policiais, por alguma razão, deixaram-no prosseguir viagem, aí já haverá omissão específica que se erige em causa adequada do não-impedimento do resultado. Nesse segundo caso haverá responsabilidade objetiva do Estado.¹⁵³

Também de forma muito contundente, Marçal Justen Filho expõe uma divisão doutrina da omissão, em própria, quando a norma prevê o dever de atuação, e imprópria, quando se verifica infração ao dever de diligência, com determinação legal somente do resultado danoso, enquadrando a omissão própria como conduta comissiva:

Existem os casos em que uma norma prevê o dever de atuação e a omissão corresponde à infração direta ao dever jurídico (ilícito omissivo próprio). E há os casos em que a norma proscreve certo resultado danoso, o qual vem a se consumir em virtude da ausência da adoção das cautelas necessárias a tanto (ilícito omissivo impróprio). Os casos de ilícito omissivo próprio são equiparáveis aos atos comissivos, para efeito de responsabilização civil do Estado.

(...)

O grande problema são as hipóteses de ilícito omissivo impróprio, em que o sujeito não está obrigado a agir de modo determinado e específico. Nesses casos, a omissão do sujeito não gera presunção de infração ao dever de diligência. É imperioso, então, verificar concretamente se houve ou não infração ao dever de diligência especial que recai sobre os exercestes de função estatal. Se existiam elementos fáticos indicativos do risco de consumação de um dano, se a adoção de providências necessárias e suficientes para impedir esse dano era da competência do agente, se o atendimento ao dever de diligência teria conduzido ao impedimento da adoção das condutas aptas a gerar o dano – então, estão presentes os pressupostos da responsabilização civil.¹⁵⁴

Exemplificando a omissão própria, Marçal Justen Filho fala sobre a hipótese da omissão de socorro. Já para exemplificar a omissão imprópria, ele fala sobre a hipótese de um servidor deixar de sinalizar a existência de um defeito na pavimentação rodoviária, dando oportunidade à consumação de acidente de trânsito; ou ainda, a hipótese de o Estado

¹⁵³ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 261.

¹⁵⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 799/800.

deixar de limpar galerias pluviais, daí derivando inundações das vias públicas e prejuízos a terceiros¹⁵⁵.

Ao lecionar sobre o assunto, César Luiz Pasold assevera que quando o Estado se omite, “além de com essa omissão causar um dano, está o Estado descumprindo tarefa que lhe determina a existência, e é justamente quando mais abandona sua criadora que se vê agraciado pela teoria subjetiva (1988:33/34)”, visando salientar a posição da sociedade como criadora do Estado, e a constituição deste como seu instrumento.

Nessa mesma esteira, consta o entendimento de Rodolfo Camargo Mancuso:

(...) a margem de discricionariedade da Administração no cumprimento da ordem constitucional social é bastante limitada, o que ocasiona a possibilidade de maior judicialização dos conflitos, pois que as políticas públicas podem ser questionadas judicialmente'. Isso implica, prossegue, em que a atuação do MP 'não é somente de atuar para corrigir os atos comissivos da administração que porventura desrespeitem os direitos constitucionais do cidadão, mas também deve atuar na correção dos atos omissivos, ou seja, para a implantação de políticas públicas visando a efetividade da ordem social prevista na Constituição Federal de 1988. Dentre as políticas públicas, podem ser lembradas as concernentes aos idosos (CF, art. 230), à infância e juventude (CF, art. 227; Lei 8.069/90), aos deficientes físicos (Lei 7.853/89), às comunidades indígenas (CF, art. 232), à assistência social (Lei 8.742/93).

(...) Assim, não se pode afastar do exame do Judiciário o pedido em ação civil pública que vise compelir o administrador a dar vagas a menores nas escolas ou a investir no ensino, a propiciar atendimento adequado nos postos públicos de saúde, a assegurar condições de saneamento no município, etc.¹⁵⁶

Extremamente coerente e relevante é essa vertente, em virtude não somente do caráter pedagógico e coercitivo que pode exercer sobre a atividade administrativa, mas também pela própria consonância com o conceito da teoria objetiva. O doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello, no livro *Curso de Direito Administrativo*, expõe que a teoria da responsabilidade objetiva só abarca atos comissivos, mas afirma que “há responsabilidade objetiva quando basta para caracterizá-la simples relação causal entre um acontecimento e o efeito que produz (2003:864).”

¹⁵⁵ Idem, p. 801/802.

¹⁵⁶ MANCUSO, Rodolfo Camargo. *Ação Civil Pública*, 6. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 40/42.

Ora, imagine-se um paciente diagnosticado com certa doença grave, com prescrição médica de uso de certo medicamento, vital para sua sobrevivência. Esse paciente vem a falecer, pois não estava usando o medicamento, em virtude do não fornecimento deste pelo Estado. O não fornecimento do medicamento é somente uma condição ou uma provável causa da morte do paciente? Causa ou condição, o fato é que sem a omissão não haveria o dano. Então, não se deve impor ao prejudicado o ônus de provar a omissão do Estado, sendo suficiente a onerosa comprovação do nexo de causalidade.

3.3.2 Responsabilização do Administrador

3.3.2.1 Dimensão Extrínseca e Intrínseca da Responsabilização

As dificuldades em definir critérios e formas de responsabilidade na administração pública têm a ver não somente com os problemas de definição do próprio conceito, como também com as constantes evoluções que marcam a prática administrativa no mundo contemporâneo. O significado de público extrapola a definição comum que envolve o governo, o Estado e conseqüentes terminologias associadas, como soberania, legalidade e democracia, por exemplo, que são controversas na origem e, assim, criam variedades de conceitos na definição da dimensão pública em administração.

Na verdade, a maioria dos modelos que analisa a responsabilidade da Administração define categorias facilmente enquadráveis nessas duas dimensões – uma mais moral interna e outra mais impositiva, oriunda das obrigações legais, políticas e comunitárias da gestão pública. Por exemplo, Frederick Mosher (1968), Bertelli e Lynn¹⁵⁷, Jr. defendem a responsabilidade como possuindo uma dimensão extrínseca e objetiva (política) e outra dimensão intrínseca e subjetiva, que se refere ao aspecto psicológico do indivíduo (pessoal e profissional). A responsabilidade externa ou extrínseca representa a obrigação política e administrativa. A responsabilidade interna ou intrínseca representa o

¹⁵⁷ Apud BANDEIRA, Mariana Lima, MOTTA, Paulo Roberto. **Responsabilidade pública: os reflexos da diversidade ética na gestão pública.** Disponível em: <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/CLAD/clad0047608.pdf> Acesso em 10.nov.2008.

juízo de valores por opção individual. Na prática, essas responsabilidades não são estanques e se mesclam, e podem mesmo ser conflitantes.

Considera-se, assim, que a responsabilidade extrínseca se refere aos compromissos do funcionário com as decisões políticas e administrativas e com as quais ele está obrigado, independentemente de suas próprias opções ou preferências valorativas. Significa a sua capacidade de responder por uma decisão e ação pública que decorrem dos procedimentos e estrutura organizacionais adotados.

A responsabilidade extrínseca contém elementos administrativos como os de desempenho, inovação, eficiência, atendimento dos cidadãos, uso de recursos públicos e escolhas entre alternativas de ação. Na sua dimensão mais política, a responsabilidade extrínseca origina-se das imposições governamentais, das leis e da vontade e preferência dos representantes eleitos. Espera-se que o administrador contenha seu espírito de busca e seja obediente aos desígnios políticos. A submissão à vontade política significa a garantia da prática democrática (WALDO, 1964)¹⁵⁸. Valoriza-se a política na determinação e na condução da coisa comunitária, ou seja, a visão coletiva sobre a individualidade; o processo político eleitoral determina o que deve, pode e será produzido para a comunidade.

A responsabilidade intrínseca está associada aos julgamentos e opções morais do funcionário com os quais se sente comprometido e independente dos valores externos, implícitos nas decisões políticas e administrativas e determinados pela gestão pública. Os valores exercem um papel fundamental de limitar e estimular as pessoas em suas decisões e ações. Outrossim, os valores não são independentes: possuem uma relação de interdependência com o meio social. Para Rescher (1969)¹⁵⁹, os valores são construídos socialmente, ao mesmo tempo em que ajudam a constituir o indivíduo e suas relações. Por esse motivo, uma decisão, por meio de valores, repercute inevitavelmente no indivíduo e também em seu contexto social.

Dadas sua intangibilidade e fluidez, presume-se que a construção dos valores não segue um processo fixo, padronizado e previsível, mas se faz de forma assistemática ao longo da vida e através da interatividade entre pessoas. Assim, o sistema de valores de um

¹⁵⁸ Apud BANDEIRA, Mariana Lima, MOTTA, Paulo Roberto. **Responsabilidade pública: os reflexos da diversidade ética na gestão pública.** Disponível em: <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/CLAD/clad0047608.pdf> Acesso em 10.nov.2008.

indivíduo está em constante produção, e é fruto do contexto social no qual se insere e da singularidade de sua história pessoal. Ao ingressar na instituição pública, a pessoa passa a interagir em um ambiente em que seus valores singulares passam a influenciar e a serem influenciados por esse novo contexto. Essa influência é fluida. Origina-se nos valores dos dirigentes públicos, dos colegas, da forma de se organizar o poder, a autoridade e responsabilidades do cidadão, dos clientes e usuários dos serviços prestados, enfim, de uma diversidade de “agentes morais”.

A prática de sistematizar valores vem adquirindo maior relevância na gestão pública não só para referenciar objetivos estratégicos, mas também como fonte de responsabilização e de prestação de contas à sociedade.

As grandes controvérsias sobre responsabilização do administrador público originam-se exatamente no equilíbrio e na simultaneidade das duas dimensões: extrínseca e intrínseca. O administrador seria orientado ao mesmo tempo tanto pela política quanto pela consciência pessoal e profissional, o que levaria a alguns conflitos em determinadas situações. Administradores públicos agem em uma arena política em que existem demandas conflitantes e contraditórias sobre as possibilidades de ação. Tais demandas causam pressões inclusive sobre a hierarquização de valores, gerando diferentes formas de se definir e de se enfatizar responsabilidades.

Responsabilidade do administrador implica a possibilidade irrecusável de ser questionado sobre a gestão, de ser avaliado quanto às decisões tomadas e se colocar à disposição para receber recompensas ou sanções como resultado de sua ação. Práticas anteriores, baseadas na centralização e na hierarquização rígida da administração pública, tendiam a reduzir e mesmo a negar a responsabilidade intrínseca de funcionários pela referência à dimensão hierárquica e a ordens superiores. Funcionários sentiam-se vítimas das ordens e, portanto, menos responsáveis por seus atos, atribuindo à estrutura e à organização a responsabilidade pelos resultados alcançados.

Hoje, vê-se que a pessoa é responsável pela ética nas decisões, e a responsabilidade individual por escolhas não pode ser escondida, reduzida ou anulada atrás de decisões

¹⁵⁹ Idem.

coletivas de organizações públicas. Além disso, conforme Bowman (1991)¹⁶⁰, o indivíduo é o responsável último pelas decisões, apesar de as organizações definirem e controlarem o contexto onde são tomadas.

3.3.2.2 Possibilidade de Multa por Descumprimento de Liminar Recair Sobre a Pessoa do Administrador

É com estas considerações que se visualiza a possibilidade da sanção por descumprimento da medida liminar recair sobre a pessoa do agente político diretamente responsável, autorizada pelas disposições do art. 84, § 5º, da Lei nº 8.078/90, e nos arts. 798, 799 e 461, § 5º, CPC, que prevê a possibilidade de o juiz determinar providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento com base em seu poder geral de cautela.

Art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. (...) § 5.º Para a tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz determinar as medidas necessárias, tais como busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial.

Vale pontuar que essas medidas não constituem rol taxativo das possíveis medidas que poderão ser tomadas, em face da impossibilidade de prever todas as situações concretas que ensejariam a proteção cautelar. Daí dizer-se que o poder geral de cautela tem finalidade supletiva, buscando complementar o sistema protetivo de direitos, possibilitando o suprimento de lacunas do ordenamento positivo.

A propósito:

A responsabilidade pelo cumprimento da determinação judicial é funcional, mas as consequências pelo seu descumprimento, sem dúvida, devem ser carregadas à pessoa natural do agravante. Seria absurdo, quando não patético, que ao Município coubesse arcar com as consequências do injustificado descumprimento de uma providência judicial adotada em prol da própria coletividade. Nesse caso, a própria coletividade, a quem pertencem os recursos públicos, seria onerada e penalizada por reclamar a proteção de um direito fundamental.¹⁶¹

¹⁶⁰ Apud BANDEIRA, Mariana Lima, MOTTA, Paulo Roberto. **Responsabilidade pública: os reflexos da diversidade ética na gestão pública.** Disponível em: <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/CLAD/clad0047608.pdf> Acesso em 10.nov.2008.

¹⁶¹ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. AI nº. 2002.021115-5, Indaial, rel. Juiz Newton Janke, 14/03/2005.

Justifica-se a imposição de multa pessoal ao responsável para evitar maior prejuízo ao erário e, por consequência, a toda a coletividade, com eventual, embora não esperado, descaso.

3.3.2.3 Sanção Pecuniária aos Administradores Públicos por Descumprimento de Ordem Judicial que Determina Prestação Estatal Positiva

Muitas vezes, a derradeira convolação em perdas e danos não atende à urgência da efetivação de direitos fundamentais. A multa cominatória (astreinte) possui uma fragilidade notória, especialmente perante os administradores de pessoas jurídicas de direito público, sempre tentados a ignorá-la, repassando o encargo aos seus sucessores, protegidos na cômoda fila do precatório. A incidência dessa multa é quase sempre extemporânea, exequível somente após o trânsito em julgado da sentença cognitiva ou o recebimento de recurso sem efeito suspensivo. Mesmo a responsabilização criminal ou por improbidade administrativa do agente omissor não efetivam o direito prestacional, resultando a falta de efetividade da justiça. O problema é que o Direito Processual Civil ainda não se mostra totalmente eficiente para a satisfação de obrigações de fazer, especialmente quando a prestação positiva é exigida do Poder Público.

A atual sistemática processual, contudo, tem um instrumento quase desconhecido dos operadores do direito e que pode mostrar-se aliado na obtenção da satisfação de obrigações de fazer: a tipificação dos atos atentatórios ao exercício da jurisdição, previstos no art. 14, do CPC. O art. 14 do CPC impõe às partes, aos intervenientes e a todos aqueles que de qualquer forma participam do processo dever de lealdade e probidade processual e o estrito cumprimento das ordens e determinações judiciais, independentemente do tipo de processo ou de jurisdição envolvida:

Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo:

I - expor os fatos em juízo conforme a verdade;

II - proceder com lealdade e boa-fé;

III - não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento;

IV - não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito.

V - cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final.

Parágrafo único. Ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado.

Segundo Ovídio Baptista: “O preceito contido no art. 14 do CPC é uma manifestação do princípio geral da boa-fé objetiva, de que já se disse constituir mais do que um princípio, o verdadeiro oxigênio sem o qual a vida do Direito seria impossível (2000:103).” Ainda, mais pontualmente, o inciso V prevê a obrigação do cumprimento com exatidão dos provimentos mandamentais, não se criar embaraços ao cumprimento das medidas antecipatórias ou finais. Assim, pontua Mitidiero:

O novel inciso cogita de “cumprir com exatidão” e “não criar embaraços à efetivação”, Pergunta-se: há diferença entre as hipóteses elencadas? Afora a óbvia, uma vez que a primeira impõe um conduta positiva e a segunda reclama uma atitude negativa, não nos parece que exista qualquer tipo de diferença teórica entre ambas, a ligar uma somente à carga mandamental e a outra à eficácia executiva, porquanto as duas cargas tanto podem exigir um comportamento positivo como negativo daquele que sofre a sua emanção.¹⁶²

A multa por atos atentatórios ao exercício da jurisdição constitui sanção pecuniária destinada a coibir as condutas processuais desviantes das partes e dos demais intervenientes da relação processual, incluindo, por exemplo, aqueles a quem caberia o cumprimento da obrigação, como os administradores, e não só a parte processual – entes federados. A multa em exame é sanção processual de caráter punitivo, e não indenizatório ou cominatório.

Não se confunde com a multa cominatória (astreintes). Pode ser aplicada sem prejuízo do dever de indenizar a parte prejudicada e das demais sanções civis, processuais e penais cabíveis. Pode, portanto, ser cumulada com a responsabilização penal do

¹⁶² MITIDIERO, Daniel Francisco. **Comentários ao Código de Processo Civil. Tomo I.** São Paulo, Ed. Memória Jurídica, 2004, p. 176.

comportamento desobediente - arts. 329 e 330, do CP, prevaricação e desobediência -, com a reparação civil de danos materiais ou morais, além das demais sanções processuais - art. 18, litigância de má-fé; arts. 287 e 461, § 4º, astreintes por descumprimento de obrigação de fazer.

Prevista no artigo 14, parágrafo único, do CPC, a multa por atos atentatórios ao exercício da jurisdição pode ser aplicada em qualquer tipo de processo – cautelar, conhecimento ou execução – e em quaisquer tipos de ações – mandamentais, executivas, condenatórias. A conduta atentatória ao exercício da jurisdição pode ser cometida pelas partes processuais e por todos aqueles que, de qualquer forma, participam do processo. Abrange os auxiliares do juízo (oficiais de justiça, peritos), testemunhas, autoridade coatora, agentes públicos e quaisquer pessoas que devam cumprir ou fazer cumprir os mandamentos judiciais, não se exigindo a qualidade de parte processual, mas apenas um nexo de vinculação mediata à relação processual. Somente os advogados foram expressamente excluídos pela norma do parágrafo único do artigo 14, do CPC, inclusive aqueles sujeitos a regimes jurídicos diversos, como os procuradores públicos.

O beneficiário da multa por ato atentatório ao exercício da jurisdição será a Fazenda Pública, autorizada a inscrever a multa em dívida ativa e cobrá-la em execução fiscal, instrumentalizada com a decisão judicial que impôs a multa e a certidão do trânsito em julgado da sentença, proferida no processo de que se trata. Daí a importância de que às ações sempre seja dado valor da causa adequado. O valor da multa deve ser estabelecido tendo em vista a gravidade da conduta, até o limite de 20% sobre o valor da causa (art. 14, parágrafo único, do CPC).

A multa por ato atentatório ao exercício da jurisdição pode ser imposta por decisão interlocutória ou sentença. Caberá o recurso de agravo, quando imposta em decisão interlocutória, e apelação, quando em sentença. Quando atingir terceiro que não é parte no processo, e que não possui legitimidade para recorrer (art. 499 CPC), cabe-lhe a interposição de ação autônoma, de conhecimento ou mandado de segurança.

A aplicação da multa requer: a) a prévia e regular intimação para o cumprimento da ordem ou obrigação, sob pena de aplicação da sanção do art. 14, parágrafo único, do CPC; b) a prova inequívoca do descumprimento da decisão; e c) a oportunidade do direito de defesa e da comprovação do cumprimento ou da impossibilidade de fazê-lo. A multa por ato

atentatório ao exercício da jurisdição pode ser aplicada sempre que se verificar o descumprimento de provimentos mandamentais e o embaraço à efetivação de provimentos judiciais antecipatórios e finais (art. 14, V, do CPC). Essa ordem judicial descumprida ou embaraçada pode estar inserida em decisões interlocutórias, sentenças ou acórdãos, de caráter antecipatório ou final.

A intimação dos administradores públicos para o cumprimento de ordem ou obrigação, sob pena de aplicação pessoal ao administrador da multa do art. 14, parágrafo único, do CPC, vem se mostrando eficiente instrumento para o cumprimento de obrigações e deveres de fazer pelos agentes políticos. Cabe ao Ministério Público saber explorar esse mecanismo na busca da efetivação dos direitos a prestações estatais.

Transcreve-se precedente no qual foi aplicada a multa do art. 14, parágrafo único, do CPC, para melhor ilustrar a questão:

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE SENTENÇA QUE CONCEDE A CORREÇÃO MONETÁRIA DAS CONTAS VINCULADAS DO FGTS. AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPOSIÇÃO DE MULTA PELO DESCUMPRIMENTO DA DETERMINAÇÃO JUDICIAL. APLICAÇÃO DO ART. 14, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. LEGALIDADE. LIMITE DE 20% (VINTE POR CENTO) DO VALOR DA CAUSA. RECOLHIMENTO APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO.

1. Tratam os autos de agravo de instrumento interposto pela CAIXA ECONÔMICA FEDERAL visando à reforma da decisão proferida pelo Juízo da 27ª Vara Federal do Rio de Janeiro que

determinou: a) ao Gerente da Agência da CEF-GIFUG/RJ, no prazo de 30 (trinta) dias, a recomposição dos saldos da conta vinculada do particular, tendo em vista a sua concordância com

os cálculos apresentados pela CEF; b) em caso de descumprimento da ordem judicial, fixação de multa, em desfavor do Gerente, com base no art. 14, do CPC, com redação dada pela Lei 10.358/2001, devendo ser inscrita como dívida ativa da União; c) além da intimação do representante legal da CEF para o imediato o depósito da multa, anteriormente fixada no valor de R\$ 100,00 ao dia, conforme parágrafo 5º, do art. 461, do CPC. Inconformada a CEF agrava de instrumento. O Tribunal de origem reconheceu devida as penalidades aplicadas pelo juízo singular. Em sede de recurso especial, aponta violação ao artigo 14, parágrafo único, do CPC aduzindo que: a) a multa prevista no dispositivo alegado como contrariado tem como fundamento a prática de ato atentatório ao exercício da jurisdição, conseqüentemente, para que seja aplicada é necessária comprovação de que a autoridade criou embaraços ao cumprimento da decisão judicial, na espécie, indemonstrado; b) o atraso na atualização e disponibilização dos créditos na conta vinculada do FGTS do particular foi exclusivamente em razão do número reduzido de empregados e da grande demanda de ações com o mesmo fim; c) o acórdão guerreado deixou de observar o limite máximo estabelecido para a aplicação da penalidade que é de 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa; d) o preceito legal apontado como violado não prevê o imediato pagamento da multa, mas, somente, após o trânsito em julgado da decisão.

2. As razões da aplicação de multa pelo juízo singular ao Gerente da CEF, confirmadas pela Corte a quo, decorreram da sua inércia em proceder à disponibilização do numerário referente à correção monetária das contas vinculadas do particular após 4 (quatro) determinações judiciais e decorridos mais de 8 (oito) meses desde a primeira intimação, mesmo sem haver qualquer discordância quanto aos valores apurados, configurando injustificado e grave desrespeito ao mandamento judicial. Constitui, portanto, ato atentatório à dignidade da justiça autorizando a reprimenda respectiva, consoante autorização expressa do art. 14, parágrafo único, do CPC.

3. Representa fundamento insubsistente a mera alegação de que o atraso no cumprimento da ordem judicial deu-se em razão do número reduzido de funcionários e da grande quantidade de ações versando sobre os expurgos inflacionários.

4. Quanto ao limite da penalidade imposta e o momento do seu pagamento, o acórdão recorrido merece ser reformado devendo ficar restrito ao percentual de 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa e o seu adimplemento somente deverá ocorrer após o trânsito em julgado da decisão, nos termos do parágrafo único do art. 14, do CPC.

5. Recurso especial parcialmente provido.¹⁶³

A conclusão de Carpena é altamente oportuna:

A deslealdade, o abuso de direito e a chicana processual, de fato, descredibilizam a prestação a prestação da justiça, não só porque maltratam a parte adversa que sofre os seus efeitos, mas também porque prejudicam o Estado e a própria sociedade, que acabam pagando o preço de ter uma prestação jurisdicional que perde tempo e dinheiro com atitudes desarrazoadas e absolutamente despropositadas, deixando-se de atender, nesse momento, a pleitos legítimos.¹⁶⁴

3.3.2.4 Possibilidade de Ressarcimento por Dano Recair sobre a Pessoa do Administrador

Já é cediça a possibilidade de responsabilização civil do administrador, conforme o art. 37, § 6º, da CF, agindo este com culpa (negligência, imprudência ou imperícia) ou dolo (intenção), o que caracteriza a responsabilidade subjetiva. Contudo, a doutrina se divide no tocante a possibilidade desta tese ser argüida diretamente, ou concomitantemente com a responsabilidade subjetiva do Estado.

¹⁶³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 666.008/RJ, Rel. Ministro José Delgado, 1ª TURMA, 17.02.2005.

¹⁶⁴ CARPENA. Márcio Louzada. **Da (Des)lealdade no processo civil**. Gênesis – Revista de Direito Processual Civil n.º 35. Curitiba. 2005, p. 148.

Nesse sentido, pontua Celso Antônio Bandeira de Mello que “a vítima pode propor ação de indenização contra o agente, contra o Estado, ou contra ambos, como responsáveis solidários, nos casos de dolo ou culpa (2003:893)”. O Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a possibilidade de propositura da ação contra o Estado e o agente conjuntamente:

O fato de a Constituição federal prever direito regressivo às pessoas jurídicas de direito público contra o funcionário responsável pelo dano não impede que este último seja acionado conjuntamente com aqueles, vez que a hipótese configura típico litisconsórcio facultativo.¹⁶⁵

Ainda, vale ressaltar que cabe ao prejudicado litigar somente contra o agente, provando o elemento subjetivo.

Se a justificativa apresentada da solvabilidade do patrimônio do Estado era o que norteava, a situação caótica em que se encontram financeiramente as esferas brasileiras de governo é que deve passar a ser o norte. De que adiante o lesado provar somente o nexo de causalidade, ser vitorioso na ação, e na execução ver-se frustrado diante da falta de recursos do Estado para cumprir suas obrigações, com filas intermináveis de precatórios. Dependendo do escalão a que pertence o agente, seu patrimônio pode ser mais solvente que o do Estado, o que faz com que a necessidade de prova da culpa, além da prova do nexo de causalidade – necessárias à caracterização da responsabilidade subjetiva do administrador -, seja mais vantajosa.

Adilson Abreu Dallari alega que “se pode somente acionar o agente público na ação condenatória, porquanto, não obstante haja o inconveniente de ter que provar a culpa do servidor, haverá livramento das notórias dificuldades da execução contra a Fazenda Pública (1992: 142)”.

Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que:

A norma visa a proteger o administrado, oferecendo-lhe um patrimônio solvente e a possibilidade da responsabilidade objetiva em muitos casos, daí não se segue que haja restringido sua possibilidade de proceder contra quem lhe causou o dano. Sendo um dispositivo protetor do administrado, descabe extrair dele restrições ao lesado. A interpretação deve coincidir com o sentido para o qual caminha a norma, ao invés de sacar

¹⁶⁵ RT 544/260, 18/06/1980.

dela conclusões que caminham na direção inversa, benéfica apenas ao presumido autor do dano.¹⁶⁶

Todavia, essa não é a única razão para a defesa do ressarcimento por dano causado pelo Estado, contra o agente do dano. Há razão de caráter muito mais coletivo para tanto. A visualização mais clara dessa possibilidade pode assumir caráter pedagógico em relação aos administradores, fazendo com que, paulatinamente, atendam mais aos seus deveres extrínsecos que aos intrínsecos, concretizando o direito à saúde na via administrativa, sem a necessidade busca de tutela jurisdicional.

Os administradores sabem de suas obrigações, mas, infelizmente, em alguns casos se desviam delas. O administrador, quando eleito, foi imbuído das prerrogativas do respectivo poder, sendo a *longa manus* do mesmo. Ele não pode se afastar dos princípios expressos e implícitos da Constituição Federal, com ênfase aos previstos no art. 37: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Diante de sua função representativa não lhe cabe hierarquizar interesses públicos com seus calores intrínsecos, mas sim atuar para que os interesses mais relevantes da coletividade sejam regularmente atendidos. “Vale dizer, o que qualifica o exercício das correspondentes funções não é a habilidade profissional, a aptidão técnica, mas a qualidade de cidadãos, membros da *civitas* e, por isso, candidatos possíveis à condução dos destinos da Sociedade.”¹⁶⁷

As novas perspectivas sobre a responsabilidade administrativa indicam caminhos para reduzir a lacuna entre as necessidades do cidadão e o desempenho do governo. Encontrar critérios que integrem essas instâncias da responsabilização constitui-se um desafio e vem sendo perseguido pela administração pública.

¹⁶⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros. 2003, p. 893.

¹⁶⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros. p. 230.

CONCLUSÃO

Por meio dos três capítulos que compõem o presente estudo, pontuou-se que o maior problema relacionado ao direito fundamental à saúde é a busca de sua real efetividade, eis que inúmeros argumentos contrários à concessão dos serviços são levantados pela Administração Pública.

Entre esses argumentos, destaca-se a ilegitimidade do Ministério Público para a defesa de direito individual, mesmo que indisponível; a necessidade de chamamento ao processo dos demais entes federados; a programaticidade da norma constitucional que garante o direito à saúde; a necessidade de perícia para a concessão de medicamento/serviço; o devido respeito às leis orçamentárias; a autonomia do Poder Executivo.

No tocante à ilegitimidade do Ministério Público para a defesa de direito individual, mesmo que indisponível, não há discussão em âmbito material. A Constituição Federal de 1988 pontuou como uma das atribuições do Ministério Público a defesa do respectivo direito, em seu art. 127. O que se pode discutir é se a falta de instrumento processual para a defesa de direito individual indisponível. Mesmo assim, a defesa ao direito fundamental é objetivo primeiro, que merece mais atenção a uma questão meramente processual.

Quanto à tese de necessário chamamento ao processo dos entes federados não demandados, não há o que prosperar. É pacífico que o litisconsórcio entre Município, Estado e União é facultativo, além de poder comprometer a celeridade do processo, mais imprescindível do que em qualquer caso, haja vista o direito que está em questão. O ingresso da União no pólo passivo, por chamamento ao processo, desloca a competência para a Justiça Federal, fazendo até mesmo com que a atribuição do Ministério Público estadual que moveu a ação cesse. Além disso, as normas operacionais, emitidas pelo Sistema Único de Saúde definem a cooperação entre os entes federados, não o direito de ressarcimento entre estes.

No que tange à programaticidade da norma constitucional que garante o direito à saúde observou-se que, apesar da maioria dos doutrinadores defenderem esse ponto de vista, há outra parcela da doutrina que defende uma ponderação de princípios, com uma defesa

maior ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana. Felizmente, os tribunais têm decidido nesse sentido, pois, caso assim não fosse, a norma constitucional se mostraria letra morta.

Todavia, há uma tese levantada pelos entes federados que deveria ser a regra nas ações que buscam a prestação de serviços de saúde – a realização de perícia médica nos casos em que o serviço não está listado entre os fornecidos dentro do Sistema Único de Saúde. Muitas vezes os magistrados deferem a prestação do serviço da saúde com base em um atestado médico, afirmando a necessidade de tratamento especial. Em sede de tutela antecipada, até se visualiza viável. Contudo, para uma decisão final, necessário é que não haja juízo com base em prova unilateral. O ideal seria que todos os pacientes que pleiteassem serviços de saúde passassem por perícia médica. O problema é que esse tipo de medida oneraria em demasia o Estado, que é quem arca com os honorários periciais nas ações civis públicas. Contudo, deficiências financeiras não podem cercear direito individual indisponível, nem privar os demais cidadãos de prestações de serviço de saúde, haja vista que, caso se prove a falta de necessidade de um paciente a tratamento específico, outros poderão ter atendidas as suas necessidades. Mesmo assim, há um caso em que se pode dispensar perícia médica: quando o paciente já usou o medicamento/tratamento fornecido pelo Sistema Único de Saúde, sem obter os resultados esperados.

No meu entendimento, uma das teses levantadas pela Administração Pública mais polêmicas é a da necessidade de respeitar as leis orçamentárias. Será que cabe criar uma hierarquia entre gastos com a saúde e gastos com a revitalização de uma praça, só porque a porcentagem legal com a saúde já foi desembolsada? Tenho certeza que ninguém daria resposta afirmativa a essa pergunta. Está na hora de os administradores buscarem o interesse público em todas as suas ações, com coerente sopesamento de direitos, deixando de esconder seus atos atrás de uma legalidade fajuta, que não atende aos anseios dos que os colocaram no poder, sob pena de negarem sua própria legitimidade.

Ainda, há a argüição de ferimento à autonomia do poder executivo. Se há alguma interferência nas atividades do poder executivo, é porque este não está cumprindo com suas obrigações, fazendo com que outros poderes trabalhem em seu lugar para o devido zelo pelos interesses maiores dos cidadãos. Além disso, a separação dos poderes foi instituída

para a melhor consecução dos fins do Estado, não para a sua paralisia, ou para o seu retrocesso.

Mesmo com uma breve desconstituição dos motivos expostos pelo poder executivo para o não cumprimento do mandamento constitucional do respeito ao direito à saúde, vale aqui elencar algumas medidas para evitar essa omissão, alguns pontos que podem ser explanados em sede de ação civil pública.

Determinar que o Estado responda objetivamente por suas omissões é uma delas. Diante da desídia do Estado, o cidadão acaba tendo mais ônus probatório do que deveria. Além de comprovar o nexo de causalidade, imprescindível para a responsabilização civil, acaba tendo que comprovar o elemento subjetivo, a negligência, a imprudência, a imperícia, ou até mesmo o dolo, pois a responsabilidade do Estado, em casos de omissão, ainda é concebida como subjetiva. Felizmente alguns doutrinadores já não partilham mais dessa concepção.

Ainda, pode-se requerer a responsabilização direta do administrador, mesmo que com a necessidade de comprovação de culpa ou dolo. Essa tese tem serventia tanto no âmbito individual, como no coletivo. No âmbito individual, por se considerar que o patrimônio do administrador possa ser mais solvente que o do Estado, muita vezes congelado por filas intermináveis de precatórios. No âmbito coletivo, por esta medida poder assumir caráter pedagógico, no tocante aos atos do administrador.

Referente ao estudo, vê-se que os maiores entraves à concessão de prestações de serviços de saúde está mais no *modus operandi* que na necessidade da prestação. A sociedade atual é fruto de um processo de evolução com ramos que acabam se separando em demasia do tronco. Isso não pode acontecer. Os direitos fundamentais têm que estar claros, tanto dos cidadãos, como dos que os representam.

REFERÊNCIAS

Seção A – Documentos Jurídicos – Jurisprudências

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. AgRg no REsp nº 874331/SP. Rel. Min. Francisco Falcão. Primeira Turma. 27/02/2007. Disponível em: www.stj.gov.br

_____. _____. REsp nº 913356/RS. Rel. Min. Humberto Martins. Segunda Turma. 03/05/2007. Disponível em: www.stj.gov.br

_____. _____. REsp nº 904.443/RS, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, julgado em 13/02/2007, 26/02/2007. Disponível em: www.stj.gov.br

_____. _____. Resp nº 740.850 — PRIMEIRA TURMA - RS. REL.: MINISTRO JOSÉ DELGADO, 21/03/2006. Disponível em: www.stj.gov.br

_____. _____. REsp nº 61367/MG – Terceira Turma – Rel. Min. Nilson Naves, 23.10.1995. Disponível em: www.stj.gov.br

_____. _____. ROMS nº 13452/MG, rel. Min. Garcia Vieira, 7/10/2002. Disponível em: www.stj.gov.br

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Ag. Reg. no RE nº 271286/RS. Rel. Ministro Celso de Mello, Segunda Turma. 12/09/2000. Disponível em: www.stf.gov.br

_____. _____. Ag. Reg. no RE nº 271.286/RS. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 12/09/2000. Disponível em: www.stf.gov.br

_____. _____. Conflito de Jurisdição nº 5.133, rel. Ministro Aliomar Baleeiro, 22/05/1970.

_____. _____. RE nº 432.423, Rel. Min. Gilmar Mendes, 07/10/05. Disponível em: www.stf.gov.br

_____. _____. RE nº 93880/ RJ, 2ª Turma, Min. Décio Miranda. 05.02.82. Disponível em: www.stf.gov.br

_____. _____. RE nº 147.776, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 19/06/98. Disponível em: www.stf.gov.br

PARANÁ. Tribunal de Justiça. Apelação Cível e Reexame Necessário nº 326.673-9/Londrina. Relatora: Desembargadora Anny Mary Kuss. Curitiba, 23/05/2006.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. AI nº 2006.026272-5, Rel. Juíza Sônia Maria Schmitz. J. 17/10/2006.

_____. _____. AI nº 2002.021115-5, Indaial, rel. Juiz Newton Janke, 14/03/2005.

_____. _____. AC nº 2005.024216-0/Criciúma. Relator: Desembargador Francisco Oliveira Filho. Florianópolis, 27/09/2005.

_____. _____. AC nº 2005.034438-5, Rel.: Des. Newton Trisotto, 13/12/2005.

_____, _____. Tribunal de Contas. Auditoria Operacional sobre o Programa de Medicamentos de Dispensação Excepcional - exercício/2007. nº 07/00373373. Rel: César Filomeno Fontes.

RSTJ 180/49.

RT 544/260.

Seção B – Publicações Doutrinárias e Científicas

ALCÂNTARA, Fábio Bonomo de. **Conceito de Ação Civil Pública, sua Natureza Jurídica e as Razões de sua Denominação**. In: LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Direitos Metaindividuais. São Paulo: LTr, 2005, p. 93.

ALEXY, Robert. Teoria de los Derechos Fundamentales apud TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2002. p.398

ALVIM, Ação Civil Pública, **Revista de Processo**. A. 22, n. 87, p. 151/156, jul/set 1997.

ARAÚJO, Inaldo da Paixão Santos. **Introdução à Auditoria Operacional**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2001.

ARMELIN, Donaldo. **Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1979, p. 116/117.

BANDEIRA, Mariana Lima, MOTTA, Paulo Roberto. **Responsabilidade pública: os reflexos da diversidade ética na gestão pública**. Disponível em: <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/CLAD/clad0047608.pdf> Acesso em 10.nov.2008.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2003.

_____, _____. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 10. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____, _____. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 183/187.

_____, _____. **Teoria do Estado**. 5. ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 2004, 42.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1998. p.12.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à Justiça**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 55/101.

CARVALHO FILHO, José Santos. **Ação Civil Pública: Comentários por Artigos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 1999.

CASTRO, Guilherme Couto de. A responsabilidade civil objetiva no Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Forense. 1997. In: CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 261.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CHAMBERLAIN, Marise M. Cavalcanti. Direitos ou Interesses Metaindividuais e sua Classificação. In: LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Direitos Metaindividuais**. São Paulo: LTr, 2005, p. 48.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 15ª Ed., São Paulo: Malheiros, 1999, p. 209.

CITADINI, Antônio Roque. **O Controle Externo da Administração Pública**. São Paulo: Max Limonad, 1995.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle Judicial das omissões do poder público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição. São Paulo: Saraiva, 2004.

DALLARI, Abreu Adilson. **Regime Constitucional dos Servidores Públicos**: de acordo com a Constituição Federal de 1988. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 142.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 683, vol. I.

FERNANDES, Flávio Sátiro. **Prestação de contas: instrumento de transparência da Administração**. Disponível: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=335> Acesso em: 12.nov.2008.

FERNANDES E GUIMARÃES. **A legitimação do Ministério Público na tutela dos interesses ou direitos individuais homogêneos**. In: OLIVEIRA, José Alcebíades de e LEITE, José Rubens Morato. *Cidadania Coletiva*. Florianópolis: Paralelo 27, 1996P. 143-151.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Eficiência administrativa**. In: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro : Renovar, n. 220, abr./jul. 2000, p. 168.

FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 1997.

GERA, Renata Coelho Padilha. **Interesses Individuais Homogêneos na Perspectiva das “Ondas” de Acesso à Justiça**. In: LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Direitos Metaindividuais**. São Paulo: LTr, 2005, p. 61.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 23-47 e 732-814.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra (coordenador). **Direitos Metaindividuais**. São Paulo: LTr, 2004.

_____, _____. **Ação Civil Pública: nova jurisdição trabalhista metaindividual: legitimação do Ministério Público**. São Paulo: LTr, 2001.

LENZA, Pedro. **Teoria Geral da ação civil pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 186.

LIMA, Interesse de agir dos legitimados para a propositura da ação civil pública. In: OLIVEIRA, José Alcebíades de e LEITE, José Rubens Morato. **Cidadania Coletiva**. Florianópolis: Paralelo 27, 1996. p. 193/194.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **A intervenção do Ministério Público no Processo Civil Brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 104.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Livraria Mandamentos, 2000, p. 189.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Civil Pública**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____, _____. **Interesses Difusos – Conceito e Legitimação para Agir**. p. 228/229 e 261, Ver. Dos Tribunais, 2001.

_____, _____. **Interesses difusos: Conceito e Legitimação para Agir**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____, _____. **Ação Civil Pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores**. 8. ed. São Paulo: Editora Recita dos Tribunais, 2002, p. 19/20; 41/42; 118.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Utilidade social da ação civil pública**. Justitia. n. 58 (1/3), p. 82, jan/mar 1996.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____, _____. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 61.

_____, _____. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 72.

_____, _____. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. **Dano moral coletivo**. São Paulo: LTr, 2004, 112.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança**. 29. Ed. , atualizada e complementada de acordo com as Emendas Constitucionais, a legislação vigente e a mais

recente jurisprudência do STF e do STJ por Arnold Wald e Gilmar Ferreira Mendes com a colaboração de Rodrigo Garcia da Fonseca). São Paulo: Malheiros, p. 183/188.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 66-125 e 817-908.

_____, _____. **Curso de Direito Administrativo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros. p. 230.

MILARÉ, Édís. **Ação Civil Pública**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 531-563, 625-702 e 722-723.

MORAES, Alexandre de. **Reforma Administrativa: Emenda Constitucional nº 19/98**. 3. ed., São Paulo : Atlas, 1999, p. 30.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 105/147.

NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 480-520.

NERY, Nelson e Rosa. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Extravagante em Vigor**, notas ao art. 5º, da Lei nº 7.347/1985.

NERY JÚNIOR., Nelson. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante**. 7ª ed. rev. e ampl. São Paulo: RT, 2003. p. 449a.

NERY JÚNIOR, Nelson. **O Ministério Público e as Ações Coletivas**. In: MILARÉ, Edís. **Ação Civil Pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 357.

PASOLD, César Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**. 2. ed. Florianópolis: Estudantil, 1988.

RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de Direito Civil**, vol. 1. Tradução da 6. ed. Italiana por Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1999, p. 78.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____, _____. **Contornos do direito fundamental à saúde na Constituição de 1988**. Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, v. 56, p. 41-62, dez. 2002.

SCHWARTZ, Germano. **Direito à saúde**: efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 831-832.

_____, _____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 16.. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 617.

_____, _____. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 6. ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2003.

SOUZA, Renee de Ó; SOUZA, Alessandra Varrone de Almeida Prado. **Da inconstitucionalidade progressiva e sua aplicação abstrata**. Disponível em:

<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7094> Acesso em 21.nov.2008.

TELES JÚNIOR, Goffredo. **Iniciação na Ciência do Direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 228.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Algumas observações sobre a ação civil pública e outras ações coletivas. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**. n. 9, p. 145, jan-fev/2001.

_____, _____. **Curso de Direito Processual Civil**. 42. ed. v.I. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.119.

_____, _____. **Curso de Direito Processual Civil**. vol. 1. 29ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 542.

TORNAGHI, Hélio. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, p. 277/278.

TORRES, Ricardo Lobo. A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 20. ed. Ver. Atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VENTURI, Elton. **Execução da Tutela Coletiva**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 73/89.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Ação Civil Pública**. São Paulo: Atlas, 1997, p. 89.

Sanção Pecuniária aos Administradores Públicos por Descumprimento de Ordem Judicial. Disponível em: <http://www.mp.rs.gov.br/infancia/doutrina/id516.htm> Acesso em: 21.nov.2008.

Seção C - Monografias e Dissertações:

BONNASSIS, Moughan Larroyd. **UM ESTUDO SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO DECORRENTE DAS OMISSÕES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**. Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito à obtenção do título de Bacharel em Direito. 1997.

ESPEZIM, Tatiana Cunha. **A DENUNCIAÇÃO DA LIDE AO AGENTE PÚBLICO NAS AÇÕES FUNDADAS NA RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO**. Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito à obtenção do título de Bacharel em Direito. 2006.

LEMES, Gabriela Nunes. **O MANDADO DE SEGURANÇA E O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE**. Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito à obtenção do título de Bacharel em Direito. 2006.

ROSA, Leilane Mendonça Zavarizi da. **REFLEXÕES ACERCA DA RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRACONTRATUAL DO ESTADO**. Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito para a obtenção do título de Mestre em Ciências Humanas – especialidade Direito. 1996.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **ACESSO À JUSTIÇA: A DEFESA DOS INTERESSES DIFUSOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – FICÇÃO OU REALIDADE?** Tese apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito para a obtenção do título de Doutor em Direito. 1994.

VIEIRA, Everton da Costa. **PROCESSO COLETIVO: UMA ALTERNATIVA À CELERIDADE**. Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito à obtenção do título de Bacharel em Direito. 2006.

WIGGERS, Fernando. **A DENUNCIAÇÃO DA LIDE AO AGENTE PÚBLICO CAUSADOR DO DANO EM CASOS DE RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO**. Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito à obtenção do título de Bacharel em Direito. 2006.